

Horst Hummelbeck

Die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung
der Gemeinden der Bundesrepublik Deutschland

- Eine vergleichende Untersuchung -

~~1970~~

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0001

Die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung
der Gemeinden der Bundesrepublik Deutschland

- Eine vergleichende Untersuchung -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Juristische Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
HORST HUMMELBECK
aus Dortmund

1970



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Hans Pagenkopf
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Chr. Fr. Menger
Dekan:	Prof. Dr. Walter Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1969

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
 Einleitung	 1
 I. Kapitel Grundlegung	 4
§ 1 Sachliche Abgrenzung des Themas	4
§ 2 Die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts	7
I. Der Rechtscharakter der Gemeinde	7
II. Das Wesen der juristischen Person	8
III. Die Wirkfähigkeit der Gemeinde durch ihre Organe	10
a) Der Organbegriff	10
1. Das Organ als Institution	10
2. Der Organwalter	12
b) Organschaft und Stellvertretung	13
IV. Die verschiedenen Arten der Organe	14
V. Die Begriffe Delegation und Mandat	16
VI. Die Partei-, Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Gemeinde	20
 § 3 Der Begriff der privatrechtsgeschäftlichen Außenvertretung	 22
I. Der allgemeine Vertretungstatbestand	22
II. Die Außenvertretung	23
III. Die Außenvertretung im engeren Sinne	24
IV. Die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung	25

	<u>Seite</u>
§ 4 Die innere Gemeindeverfassung	26
I. Die Zuständigkeiten von Gemeinde- vertretung und Verwaltungsleitung	26
a) Die Gemeindevertretung	26
b) Die Verwaltungsleitung	28
c) Die Zuständigkeitsverteilung	30
II. Die organisatorische Verknüpfung von Gemeindevertretung und Verwaltungs- leitung	31
III. Die Typen der Gemeindeverfassungen	32
II. Kapitel Die allgemeine privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung	40
§ 5 Die Außenvertretung bei der Abgabe allge- meiner, nicht-verpflichtender privatrechts- geschäftlicher Erklärungen	40
I. Das allgemeine, nicht-verpflichtende Verwaltungsgeschäft	40
a) Das allgemeine Verwaltungsgeschäft	41
b) Die verpflichtenden bzw. nicht- verpflichtenden Willenserklärungen	41
II. Die vertretungsberechtigten Personen	47
a) Die Vertreter kraft Organisations- satzung	47
1. Der Verwaltungsleiter	47
2. Die Ersatzwalter	53
a ₁) der ständige allgemeine Vertreter	54
b ₁) der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung	56
c ₁) der ständige Sondervertreter	62
b) Die Vertreter kraft dienstlicher (öffentlich-rechtlicher) Beauf- tragung	65

	<u>Seite</u>
c) Die Vertreter kraft rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung	72
d) Die Vertreter in Sonderfällen	78
1. Die Ersatzvornahme	78
2. Die Bestellung eines Staatsbeauftragten	82
§ 6 Die Außenvertretung bei der Abgabe allgemeiner, verpflichtender privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen	87
I. Die gesetzlichen Bestimmungen	87
II. Der Rechtscharakter dieser Bestimmungen	89
a) Der Rechtscharakter der Verfahrensweisen	90
b) Der Rechtscharakter der besonderen Förmlichkeiten	91
1. Die Ansicht von Rechtsprechung und Rechtslehre	91
2. Die Ausdrucksweise des Gesetzgebers	102
3. Eigene Stellungnahme	103
III. Das Verhältnis der kommunalrechtlichen Förmlichkeiten zu den geschäftsrechtlichen Formvorschriften	108
IV. Die Vertretungsberechtigung bei der Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen	109
a) Einzelwaltung	109
b) Gesamtwaltung	111
c) Der rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte	119
d) In Sonderfällen	121
1. Die Ersatzvornahme	121
2. Der Staatsbeauftragte	122

	<u>Seite</u>
V. Die allgemeinen Verpflichtungserklärungen, die ohne Beachtung der Zuständigkeitsregeln und besonderen Förmlichkeiten abgegeben werden können	124
a) Die Geschäfte der laufenden Verwaltung	124
1. Die gesetzlichen Bestimmungen	124
2. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen	125
3. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung bei der Zuständigkeitsabgrenzung	130
4. Der Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung	132
a ₁) nach der Festlegung durch Rechtsprechung und Rechtslehre	132
b ₁) Eigene Festlegung	133
c ₁) Definition	140
5. Begriffsanwendung	140
b) Die Verpflichtungsgeschäfte auf Grund wirksamer Vollmacht	142
III. Kapitel Die Außenvertretung bei der Abgabe privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen des Kassenverkehrs	144
§ 7 Die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs	144
I. Die Bestimmungen der Gemeindeverfassungen	144
II. Die Kassengeschäfte	146
a) Die Kassengeschäfte im technischen Sinne	146
b) Die nicht-eigentlichen Kassengeschäfte	147
c) Der Gemeindekasse zugewiesene Geschäfte	148

	<u>Seite</u>
III. Die vertretungsberechtigten Personen	148
a) Der Kassenverwalter	148
1. Seine verfassungsrechtliche Stellung	148
2. Der Schriftverkehr der Gemein- dekasse	153
b) Der allgemeine Vertreter des Kas- senverwalters	156
c) Die Vertreter kraft dienstlicher (öffentlich-rechtlicher) Beauftra- gung	157
IV. Die Abgabe nicht-verpflichtender Er- klärungen des laufenden Kassenver- kehrs	158
§ 8 Die Abgabe verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs	160
IV. Kapitel Die privatrechtsgeschäftliche Außen- vertretung im Bereich der wirtschaft- lichen Betätigung der Gemeinde	163
§ 9 Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	163
I. Die allgemeinen Voraussetzungen	164
II. Die Formen der wirtschaftlichen Unternehmen	166
a) Der Eigenbetrieb	167
b) Die Eigengesellschaft	170
c) Die Beteiligung der Gemeinden an wirtschaftlichen Unternehmen	171
§ 10 Die Außenvertretung der Gemeinde in Ange- legenheiten ihrer Eigenbetriebe	174
I. Die Werkleitung in der Organisation der Eigenbetriebe	174
a) Die Organisation der Werkleitung	175
b) Die Geschäftsführungszuständigkei- ten der Werkleitung	175

	<u>Seite</u>
c) Die Geschäfte der laufenden Betriebsführung	177
d) Die verfassungsrechtliche Stellung der Werkleitung	179
II. Die Außenvertretung in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe	180
a) Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltungsleitung und Werkleitung	180
b) Die Außenvertretung durch die Werkleitung	181
1. Die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen	181
a ₁) Der Umfang der Zuständigkeiten der Werkleitung	181
b ₁) Die vertretungsberechtigten Personen	185
a ₂) Die Werkleiter	185
b ₂) Der Vertreter im Falle der Verhinderung	186
c ₂) Die Vertreter kraft dienstlicher Beauftragung	187
d ₂) Die Vertreter kraft rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung	187
2. Die Abgabe verpflichtender Erklärungen	188
a ₁) Die grundsätzliche Regelung	188
b ₁) Die Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung	191
c) Die Außenvertretung durch die Verwaltungsleitung	194
§ 11 Die Vertretung der Gemeinde in den Organen wirtschaftlicher Unternehmen	196
I. Allgemeines	196

	<u>Seite</u>
II. Die Vertretung in dem obersten Organ eines Unternehmens	197
a) Die gesetzlichen Bestimmungen	198
b) Das Weisungsrecht	202
III. Die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines wirtschaftlichen Unternehmens	203
Schlußbetrachtung	206

[illegible]

- | | |
|-------------------------------|--|
| Althaus, Ernst | Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in den vormaligen preußischen Ländern, Herford-Köln 1957
<u>zit.:</u> Althaus: Recht |
| ders. | Kritik des Gemeinderechts in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Herford-Köln 1956
<u>zit.:</u> Althaus: Kritik |
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., unveränderter Nachdruck Bad Homburg v.d.H. 1960 |
| Appel, (ohne) | Rechtsgeschäfte der preußischen Gemeinden,
in: JW 1913, 531 - 534 |
| Arendt, Karlheinz | Bremen,
in: HBKWP I, 521 - 540 |
| Arens, Josef | Probleme gültiger Außenvertretung,
in: SKV 1964, 309 - 314 |
| ders. | Die Aufgaben des Beauftragten nach § 110 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, seine Rechtsstellung und die sich aus ihr ergebende Haftung,
in: Gem 1964, 7 - 11 |
| Armbruster, (ohne) | Schriftlichkeit der Vollmacht nach § 36 der deutschen Gemeindeordnung ?,
in: RVBl. 56, 755 |
| Bachof, Otto | Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts,
in: AöR 83, 208 - 279 |
| Barbey, Günther | Rechtsübertragung und Delegation,
Diss. jur. Münster 1962 |
| Baudissin, Graf (ohne)
von | Die Anstellung von "Stadtdirektoren" in den kreisfreien Städten des Landes Nordrhein-Westfalen,
in: StTg 1955, 147 - 148 |

- Becker, Erich Über den Inhalt der Gemeindeverwaltung und die Rechtsstellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen,
in: DVBl 1956, 4 - 10
- Beitzke, Günther Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der Öffentlichen Hand,
in: MDR 1953, 1 - 3
- Benner, Jürgen Zuständigkeitsverteilung auf Gemeindedirektor und Rat in Nordrhein-Westfalen,
Siegburg 1962
- Berkenhoff, (ohne) Die nordrhein-westfälische Gemeinde im Rechtsverkehr,
in: Gem 1954, 153 - 158, 176 - 178
- Berkenhoff, H.A. Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen,
2. Aufl., Siegburg 1965
- Berroth, Rudolf Die Vertretung der Gemeinde nach außen
Zuständigkeits- und Formmängel beim Handeln der Gemeindeorgane nach deutschem Kommunalrecht,
Diss. jur. Tübingen 1964
- Bischoff, Friedrich Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereiche der unmittelbaren Staatsverwaltung,
in: AöR 81, 54 - 83
- Bitter, Walter Verpflichtungserklärungen in der laufenden Verwaltung,
in: DGemTg 1936, 730 - 732
- Blank, Eberhard Weisungsrecht der Gemeinden an ihre Vertreter in wirtschaftlichen Unternehmen,
in: StTg 1958, 106 - 110
- Blaum, Kurt Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen,
in: DVBl 1958, 666 - 670
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963

- Bockelmann, Werner Rat und Verwaltung,
in: StTg 1952, 131 - 132
- Boehm, Joseph Ein Beitrag zur Lehre von den
Gemeindeverträgen,
in: AÖR 21, 222 - 253
- Bohley, Erich Zur Rechtsstellung und Vertre-
tung der Gemeinden,
in: BayBm 1953, 217 - 219,
244 - 245, 267 - 269
- Brell, Walter Vom Gemeindeverfassungsrecht,
2. Aufl.,
Heft 4 der Schriftenreihe der
Berliner Verwaltungsschule,
Berlin-Frankfurt a. M. 1953
zit.: Brell
- Brintzinger, Ottobert L. Die Beifügung des Siegels als
Formerfordernis der Rechtsver-
bindlichkeit verpflichtender Er-
klärungen von Gemeinden und Ge-
meindeverbänden nach den schles-
wig-holsteinischen Kommunalver-
fassungsgesetzen,
in: SchlHA 1961, 321 - 326
- Bückmann, Walter Kommunalverfassung im Lande
Nordrhein-Westfalen,
Köln 1965
- Capeller, R. Zur Duldungs- und Anscheinsvoll-
macht öffentlich-rechtlicher
Körperschaften,
in: MDR 1956, 7 - 9
- Clasen, Heinrich Zur Frage der Zuständigkeit und
der gesetzlichen Vertretungsbe-
fugnis des Gemeindedirektors,
in: DöD 1958, 90 - 92
- ders. Zuständigkeit und Vertretungs-
macht des Gemeindedirektors,
in: SKV 1962, 17 - 18
- Depenbrock, Johannes Die Stellung der Kommunen in der
Versorgungswirtschaft,
München-Berlin 1961
- Diekamp, Busso Die Grundsätze für die Außenver-
tretung der Gemeinden nach der
Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen,
Diss. jur. Münster 1955

- Dinges, Walter Gesetzlicher Vertretungsauftrag
und Zeichnungsbefugnis des Kas-
senverwalters,
in: KKZ 1958, 138 - 140
- Dregger, Alfred Die Einstellung von "Stadtdirek-
toren" in den kreisfreien Städ-
ten des Landes Nordrhein - West-
falen,
in: StTg 1955, 352 - 353
- Dreydoppel, W.-Kraffke,
H.-Sohnrey, A. Hessisches Gemeindewirtschafts-
recht,
Kommentar, hg. von Hans Muntzke,
2. Aufl.,
Wiesbaden 1965
- Dürig, Günter Hg. Gesetze des Landes Baden-Württem-
berg. Textsammlung mit Verwei-
sungen und Sachverzeichnis,
2. Aufl.,
München-Berlin 1961
- Ebel, (ohne) Die Vertretung der Gemeinden
nach der neuen Hessischen Gemein-
deordnung,
in: DöD (B) 1952, 161 - 164
- Ebel, Richard -
Emrich, Willi Hessische Gemeinde- und Land-
kreisordnung,
Frankfurt/Main 1953
- Eckhardt, Ulrich Privatrechtsgeschäftliche Außen-
vertretung der deutschen Gemein-
den. Zugleich ein Beitrag zum
allgemeinen Organisationsrecht,
Diss. jur. Münster 1961
- Eich, Jakob Kommunales Kassen- und Rechnungs-
wesen,
in: HBKWP III, 481 - 503
- ders. Die rechtliche Stellung des Kas-
senverwalters nach den Gemeinde-
verfassungsgesetzen,
Siegburg 1954
- ders. Die Vertretungsmacht der Beigeord-
neten nach der Gemeindeordnung
für Nordrhein-Westfalen,
in: GemHh 1959, 41 - 43

- ders. Zum Rechtsverhältnis zwischen
Bürgermeister und Kassenverwal-
ter nach der Deutschen Gemeinde-
ordnung,
Köln 1936
zit.: Eich: Rechtsverhältnis
- Elleringmann, Rudolf Grundlagen der Kommunalverfas-
sung und der Kommunalaufsicht,
Heft 18 der Schriftenreihe der
Verwaltungs- und Wirtschafts-
akademien,
Stuttgart 1957
zit.: Elleringmann: Grundlagen
- ders. Die Außenvertretung der preußi-
schen Sparkassen,
Heft 4 der Bochumer Beiträge,
Münster 1940
zit.: Elleringmann: prSpark
- ders. Die Deutsche Gemeindeordnung
Britischer Fassung in grundsätz-
licher und praktischer Beleuch-
tung,
Heft 1 der Bochumer Beiträge,
Heidelberg 1948
zit.: Elleringmann: revDGO
- ders. Die allgemeine Außenvertretung
der Gemeinden im Lande Nordrhein-
Westfalen nach dem Änderungsge-
setz vom 21. November 1949,
in: Festschrift zur Feier des
25jährigen Bestehens der
Westfälischen Verwaltungs-
akademie in Münster und der
Verwaltungs- und Wirtschafts-
akademie Industriebezirk
Sitz Bochum, S. 77 - 118
Berlin 1950
zit.: Elleringmann:
Außenvertretung
- ders. Die Rechtsstellung des gemeindli-
chen Kassenverwalters,
in: GemHh 1936, 221 - 224
- ders. Praktische Rechtsfragen aus dem
neuen Gemeindeverfassungsrecht,
in: RVBl 57, 826 - 829
- Elsner, Werner Gemeindeverfassungsrecht in den
Ländern der Magistratsverfassung
(Hessen und Schleswig-Holstein)
in: HBKWP I, 280 - 333

- Engelhard, (ohne) Laufende Verwaltung,
in: RuPrVB1 53, 424 - 425
- Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Rechts, 15. Aufl.
1. Halbband (I), Tübingen 1959
2. Halbband (II), Tübingen 1960
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
I. Band, 4. Aufl., Münster 1967,
Bearbeiter: §§ 104 - 144 BGB
Harry Westermann
zit.: Erman - Westermann
- Fechtrup, Hermann Der sachkundige Bürger im Ge-
meinderatsausschuß,
Heft 19 der Schriftenreihe der
Westfälischen Verwaltungs- und
Wirtschaftsakademien,
Stuttgart 1957
- Fisch, Viktor Rats- und Verwaltungsbrevier,
Köln-Berlin 1957
- ders. Unterzeichnung und Verantwortung
nach der GO,
in: Gem 1960, 142
- ders. Die Vertretung der Gemeinden
in Nordrhein-Westfalen,
in: KPBl 1961, 577 - 578
- Fischer, (ohne) Die Vertretung der Stadtgemeinde,
in: PrVB1 40, 259 - 263, 307 - 311
- Fleißig, (ohne) Gemeindliche Verpflichtungser-
klärungen,
in: Gem 1955, 240 - 242
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
9. Auflage.,
Erster Band: Allgemeiner Teil,
München-Berlin 1966
- Friedrichs, Karl Der Allgemeine Teil des Rechts,
Berlin-Leipzig 1927
- Fröhner, Karl -
Bran, Friedrich Die Bürgerschaftliche Selbstver-
waltung,
Stuttgart 1958

- Fuhr, Eberhard -
Pfeil, Erich Hg.
Hessische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Textsammlung mit Verweisungen und Sachverzeichnis,
München-Berlin 1960
- Galette, Alfons -
Laux, Eberhard
Kommentar zur Gemeindeordnung, Kreisordnung, Amtsordnung für Schleswig-Holstein, (Loseblatt) seit 1962, Wiesbaden
- Gierke, Otto
Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht
Leipzig 1895
zit.: Gierke: Privatrecht
- Göb, Rüdiger
Was sind eigentlich einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung?,
in: Gem 1957, 165 - 170,
205 - 206
- Göbel, Kurt -
Fröhner, Karl
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar,
Stuttgart 1956
zit.: Göbel
- Gönnenwein, Otto
Gemeinderecht,
Tübingen 1963
- ders.
Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinderechts,
in: AöR 81, 214 - 240
- Goetz, Harry
Berlin,
in: HBKWP I, 484 - 501
- Gotthardt, Rudolf
Die Systeme der Gemeindeverfassung - Möglichkeit und Varianten,
in: SKV 1959, 170 - 172
- Grafe, Walter
Neues Eigenbetriebsrecht in Nordrhein-Westfalen,
in: StTg 1954, 53 - 55
- ders.
Anmerkung zu einem Urteil des LG Aurichs vom 14.2.1951,
in: NJW 1951, 723 - 724
- Grosdidier, Wolfgang
Die Haftung der Gemeinde bei Verletzung zwingender Form- und Genehmigungsvorschriften und bei Überschreitung der Zuständigkeit ihrer Organe,
Diss. jur. Breslau 1940

- Haarmann, Wennemar Anfragen aus dem Leserkreis,
in: DVBl 1952, 479 - 480
- Haegele, Karl Anmerkung zu einem Beschluß
des LG Marburg vom 18.2.1966,
in: DRPfl 1967, 406 - 408
- Hamel, Walter Formen und Vertretungsmacht bei
Rechtsgeschäften der öffentli-
chen Hand,
in: DVBl 1955, 796 - 800
- Harnier, (ohne) Über die Tragweite der Formvor-
schriften für Verpflichtungs-
Urkunden der preuß. Stadt- und
Landgemeinden,
in: JW 1925, 1741 - 1742
- Hausmeister, Paul Der Abschluß verpflichtender
Verträge durch Gemeinden,
in: PrVB1 34, 872 - 874
- Held, Klaus Die Rechtsstellung des Hauptge-
meindebeamten und seine Bedeu-
tung für die innere gemeindli-
che Ordnung in Württemberg,
Diss. jur. Köln 1967
- Helfritz, Hans Die Vertretung der Städte und
Landgemeinden nach außen in dem
Gemeinderecht der östlichen
Provinzen Preußens,
Berlin 1916
zit.: Helfritz: Vertretung
- ders. Rechtsgutachten über die Fragen:
1. Existiert der Provinzialver-
band Westfalen noch recht-
lich?
2. Welches Organ ist berechtigt,
den Provinzialverband zu ver-
treten?
(unveröffentlicht) Erlangen 1949
zit.: Helfritz: Gutachten
- Helmreich, Karl -
Widtmann, Julius Bayerische Gemeindeordnung,
Kommentar, 3. Aufl.,
München 1966
- Henrichs, Wilhelm Ist für die Ausübung des Vor-
kaufsrechts durch eine Gemeinde
eine besondere Form einzuhalten?
in: DNotZ 1956, 636 - 643

- Hesse, (ohne) Über die Form behördlicher Urkunden in eigenen Angelegenheiten,
in: DJ 1940, 585 - 587
- Hesse, Wolfgang Zur Änderung der Niedersächsischen Gemeindeordnung,
in: SKV 1963, 313 - 316
- Heymann, Ernst Wechselzeichnung der Sparkassen,
in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band IV, 287 - 335,
Berlin - Leipzig 1929
zit.: Heymann: Festgabe IV
- Heymann, Wilhelm Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt,
Berlin 1950
- Hild, Karl Ulrich Die Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte der Gemeinde,
Diss. jur. Köln 1936
- Hippel, Ernst von - Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen. Textsammlung mit Verweisungen und Sachverzeichnis,
Helmuth Hg. München - Berlin 1962
- Hirsch, Hans Der Grundsatz der Trennung von Anordnungs- und Kassengeschäften und seine Verwirklichung in der Praxis,
in: BayBm 1954, 87 - 89
- Hölzl, Josef "Vertretung" der Gemeinde,
in: BayBm 1950, 6 - 8
- ders. Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern,
Kommentar, 4. Aufl.,
München 1963
- Hoffmann, Hermann Zwang zur Gewaltenteilung im
Edler von Gemeindeverfassungsrecht,
in: DÖV 1954, 326 - 327
- Hoppe, Werner Die Begriffe Gebietskörperschaft und Gemeindeverband und der Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände,
Diss. jur. Münster 1957

- Horak, Hans Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Probleme, Köln - Opladen 1964
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Erster Band (I), Tübingen 1953
- Hurst, Karl Gemeindeeinrichtungen, in: HBKWP II, 833 - 900
- ders. Haften die Gemeinden aus form-nichtigen Verpflichtungserklärungen?, in: KPBl 1951, 245 - 247
- Ipsen, Hans Peter Hamburg, in: HBKWP I, 502 - 520
- Janberg, Hans Bedarf die Vollmacht zu Verpflichtungserklärungen der Gemeinde der Form des § 36 Abs. 2 DGO ?, in: RVBl 56, 654 - 655
- Jansen, Gustav Joseph Die "Vertretung der Gemeinde nach außen" und die "Formbedürftigkeit der kommunalen Verpflichtungserklärungen" sind Scheinprobleme, Diss. jur. Köln 1934
- Jansen, G. J. Die Vertretung der Gemeinden nach außen und die kommunalen Verpflichtungserklärungen, in: RVBl 56, 650 - 654
- Jansen, Leopold, Josef Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1952 und der Grundsatz der Gewaltenteilung, in: DÖV 1954, 328 - 330
- Janzen, Uwe Der Staatsbeauftragte im deutschen Gemeinderecht in Geschichte und Gegenwart, Diss. jur. Würzburg 1966
- Jecht, Hans Die Öffentliche Anstalt (Wandlung und gegenwärtige Struktur), Berlin 1963

- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht,
3. Aufl. (unveränderter Neu-
druck),
Offenburg 1948
- Kerrl, Hanns -
Weidemann, (ohne) Die Deutsche Gemeindeordnung
vom 30. Januar 1935, Kommen-
tar, 2. Aufl.,
Berlin 1937
- Kirsten, Karl Die Rechtsstellung und Bedeu-
tung des Kassenverwalters im
Gemeinderecht der Länder der
Bundesrepublik,
Siegburg 1954
- Klotz, Erhard Grenzen der Rechtsfähigkeit bei
juristischen Personen,
Diss. jur. Tübingen 1963
- Köckritz, S. von Die einfachen Geschäfte der
laufenden Verwaltung nach der
Gemeindeordnung von Nordrhein-
Westfalen,
in: KD 1954, 109 - 112
- Köttgen, Arnold Wesen und Rechtsform der Gemein-
den und Gemeindeverbände,
in: HBKWP I, 185 - 234
- Korte, Horst Die Aufgaben des Beauftragten
nach § 110 der nordrhein-west-
fälischen Gemeindeordnung, seine
Rechtsstellung und die sich aus
ihr ergebende Haftung,
in: SKV 1965, 214 - 216,
245 - 249
- Kottenberg, Kurt Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen,
Kommentar 7. Aufl.,
Siegburg 1963
- Krüger, Kurt Die Verpflichtungserklärungen
der Gemeinden in Preußen auf dem
Gebiet des bürgerlichen Rechts-
verkehrs nach bisherigem und
neuem Recht,
Diss. jur. Münster 1934
- Kunze, Richard -
Schmid, Carl Gemeindeordnung für Baden-Würt-
temberg,
Kommentar, 2. Aufl.,
Stuttgart 1964

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Larenz, Karl | Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts,
München 1967 |
| Lauritzen, Lauritz | Die Selbstverwaltung in Schles-
wig-Holstein,
Handkommentar zur Gemeindeord-
nung, Amtsordnung, Kreisordnung
und Landessatzung,
Kiel 1950 |
| Lauscher, Carl Wilhelm | Die Delegation von Hoheitsrech-
ten durch Gemeinden auf Gemein-
den und Gemeindeverbände,
Diss. jur. Münster 1968 |
| Laux, Eberhard | Der Beauftragte im Gemeinde-
recht,
in: SVw 1954, 11 - 13 |
| Lehmann, Heinrich | Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Gesetzbuches, 12. Aufl.,
Berlin 1960 |
| Leisner, Max -
Sindermann, W. | Das Kassen- und Rechnungswesen
der Gemeinden, 3. Aufl.,
Herford - Bonn 1962 |
| Lemke, (ohne) | Formzwang für Vollmachten für
Verpflichtungserklärungen der
Gemeinde,
in: RVBl 56, 818 |
| Lent, Friedrich -
Jauernig, Othmar | Zivilprozeßrecht - Ein Studien-
buch, 12. Aufl.,
München - Berlin 1965 |
| Lindemann, Kurt | Die Niedersächsische Gemeinde-
ordnung mit Ausführungsbestim-
mungen,
Hannover 1955 |
| Loewe, G. | Die Verpflichtungserklärungen
der Kommunalbehörden,
Berlin - Halensee 1929 |
| Loewe, (ohne) | Anmerkung zu einem Urteil des
RG vom 6.11.1928,
in: JW 1929, 1131 - 1132 |
| Loschelder, Wilhelm Hg. | Die Gemeindeordnungen in der
Bundesrepublik Deutschland,
3. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965
mit einer Einführung des Hg.
S. 3 - 42
<u>zit.:</u> Loschelder: Einführung |

- Loschelder, Wilhelm -
Scheel, Werner
Kommentar zur Kassen- und Rechnungsverordnung Nordrhein-Westfalen,
Stuttgart 1958
- Ludwig, Wolfgang
Die Werkleitung,
Köln - Marienburg 1958
- Lüersen, Karl -
Neuffer, Martin
Niedersächsische Gemeindeordnung,
Kommentar (Loseblatt),
seit 1963, Hannover
- Lünenbürger, Fritz
Die Vertretung der Gemeinden
im Rechtsverkehr,
Frankfurt a.M. 1951
- Lutter, Marcus,
Öffentlich-rechtliche Formvorschriften im Rahmen gerichtlicher oder notarieller Beurkundungen,
in: DRPfl 1959, 11 - 12
- ders.
Die Zulässigkeit vollmachtlosen Handelns für Gemeinden und dessen Genehmigung,
in: MDR 1961, 361 - 366
- März, Gert
Niedersächsische Gesetze,
Textsammlung,
München - Berlin
- Mangoldt, Hermann von
Das Bonner Grundgesetz,
Kommentar,
Berlin - Frankfurt a.M. 1953
- Mangoldt, Hermann von -
Klein, Friedrich
Das Bonner Grundgesetz,
Kommentar, 2. Aufl.,
Band I 1957, Band II 1964
Berlin - Frankfurt a.M.
- Maschmeier, Hans Dieter
Eine vergleichende Betrachtung
des Kassenverwalters mit seinem Stellvertreter,
in: KKZ 1964, 40
- Masson, Christoph
Bayerische Kommunalgesetze. Gemeindeordnung, Landkreisordnung, Bezirksordnung, Kommentar (Loseblatt),
seit 1961, München
- Maunz, Theodor -
Dürig, Günther -
Herzog, Roman
Grundgesetz, Kommentar,
Band I, §§ 1 - 69 GG, Lieferung 1 bis 9,
München 1968

- Mittendorf, Heinz Die Große Novelle zur Niedersächsischen Gemeindeordnung, in: SKV 1963, 144 - 147
- Moll, Hermann Unterzeichnung und Verantwortung nach der GO, in: Gem 1961, 100
- ders. Über die Mehrmann-Vertretung der öffentlichen Körperschaften bei Abgabe verpflichtender Erklärungen in NW, in: SKV 1960, 174 - 176
- Müller, Wolfgang Zweifelsfragen zu § 96 Bundessozialhilfegesetz
Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Delegation und öffentlich-rechtlichem Mandat, in:DÖV 1964, 530 - 536
- Müller-Freienfels, Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Muntzke, Hans -
Schlempp, Hans Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung mit Handbuch des Gemeinderechts,
Erster Band, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung,
Bad Homburg v.d.H. -
Berlin 1954
- Nagel, Josef Was gehört zur laufenden Betriebsführung des Eigenbetriebes?, in:KPBl 1954, 566 - 567
- Nauk, (ohne) Zu § 29 GBO neuer Fassung
Muß im grundbuchlichen Verkehr der Unterschrift unter eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes das Siegel oder der Stempel der Behörde beigedrückt werden?, in: JW 1937, 82 - 84
- Nauk, (ohne) Zur Vertretung der Gemeinden, in: JW 1936, 1571 - 1577
- Nauk, (ohne) Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, in: JW 1936, 2508 - 2511

- Nicken, Helmut
Die Bedeutung der Formvorschriften der schleswig-holsteinischen Kommunalverfassungsgesetze für verpflichtende Erklärungen von Städten, Kreisen, Gemeinden und Ämtern,
in: SchlHA 1960, 188 - 191
- Nipperdey, H.C.
Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben,
in: JZ 1952, 577 - 581
- Nußbaum, A.
Über die Gültigkeit der landesgesetzlichen Vorschriften für Rechtsgeschäfte öffentlich-rechtlicher Körperschaften,
in: ABR 21, 1 - 9
- Obermayer, Klaus
Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart-München-Hannover 1964
- ders.
Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden,
in: JZ 1956, 625 - 630
- Obermanns, J.
Beschränkung der Vertretungsmacht des Kassenverwalters,
in: KKZ 1962, 17 - 19
- Odenbreit, Walter
Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 10.3.1958,
in: DVBl 1958, 513 - 514
- Odenbreit, Walter -
Hensel, August-Wilhelm
Gemeindeordnung, Amtsordnung, Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen, 12. Aufl.,
Münster 1964
- Oertel, O.
Die Städte-Ordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preussischen Monarchie vom 30. Mai 1853, 5. Aufl.,
Liegnitz 1910
- Oesterling, G.
Kann eine Gemeinde aus mündlichen Verpflichtungserklärungen ihrer Vertretungsorgane in Anspruch genommen werden ?,
in: RVBl 56, 917 - 918

- Ohse, Hermann Anmerkung zu einem Urteil des
RG vom 2.2.1931,
in: JW 1931, 3090 - 3096
- Pagenkopf, Hans Einführung in die Kommunal-
wissenschaft, 2. Aufl.,
Münster 1960
- ders. Die öffentliche Hand in der
Privatwirtschaft,
in: KomU 1931, 217 - 220
- ders. Rechtszersplitterung im Gemein-
deverfassungsrecht als Gegen-
wartsproblem,
in: BayBm 1954, 25 - 28
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch,
Kommentar, 28. Aufl.,
München 1969
Bearbeiter: §§ 1 - 240 BGB,
 Art. 1 - 6, 55 - 58
 EGBGB
 Bernhard Danckel-
 mann/Helmut Heinrichs
zit.: Palandt - Danckelmann -
 Heinrichs
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Pfleger, E. Die Rechtsstellung des Kassen-
verwalters nach der Deutschen
Gemeindeordnung,
in: GemHh 1936, 88 - 90
- Quack, Klaus Die Entsendung von Gemeindever-
tretern in die Organe von Kapi-
talgesellschaften,
in: DVBl 1965, 345 - 352
- Rasch, Ernst Die Festlegung und Veränderung
staatlicher Zuständigkeiten,
in: DÖV 1957, 337 - 339
- Rauball, Johannes Gemeindeordnung für Nordrhein-
Westfalen,
Kommentar,
München 1968

- Richter, (ohne) Sind Verträge mit Gemeinden, die der in den Gemeindeverfassungen vorgeschriebenen Form oder Genehmigung entbehren, nichtig ?, in: RuPrVB1 52, 685 - 689
- Riemerschmid, Anton Einheit der Verwaltung und Eigenbetrieb, in: StTg 1958, 502 - 504
- Rilk, Otto Anmerkung zu einem Urteil des RG vom 27.2.1936, in: JW 1936, 1827
- ders. Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, in: JW 1936, 2511 - 2512
- Ringe, Karl Zur Rechtsstellung der einfachen Ratsausschüsse nach dem niedersächsischen Gemeinderecht, in: DVBl 1964, 339 - 343
- Rittel, Karl Selbstverwaltungsgesetz Rheinland-Pfalz, 2. Aufl., Mainz 1965
- Römer, Gustav Formen und Vertretungsmacht bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, in: DNotZ 1956, 359 - 376
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München-Berlin 1961
- Ruberg, Carl Gemeinde-Wirtschaftsbetriebe, 2. Aufl., Siegburg 1962
- Rüffelmacher, Werner Die Vertretung der Gemeinde, Diss. jur. Erlangen 1957
- Salzmann, Heinrich -
Schunck, Egon -
Hofmann, Walter -
Schrick, Alfred Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 3. Aufl., Siegburg 1965
- Salzwedel, Jürgen Kommunalrecht, in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, hg. von Wilhelm Loschelder und Jürgen Salzwedel, S. 217 - 304 Köln - Berlin 1964
zit.: Salzwedel: Kommunalrecht

- Sartorius, Carl Verfassungs- und Verwaltungs-
 gesetze der Bundesrepublik .
 Textausgabe, begründet von
 Carl Sartorius,
 München - Berlin
- Schattenfroh, M. Der Kassenverwalter - seine
 Rechtsstellung nach der Deut-
 schen Gemeindeordnung,
 in: GemHh 1936, 28 - 31
- Schauwecker, Heinz - Gesetz über die Eigenbetriebe
Münch, Paul der Gemeinden in Baden-Würt-
 temberg,
 Stuttgart 1963
- Scherer, Emil Das Gemeindesiegel in der nota-
 riellen Urkunde,
 in: DNotZ 1965, 27 - 32
- Schlempp, Hans Die Gemeinden im Rechtsverkehr,
 Stuttgart - Berlin 1939
- ders. Vertretung und Formzwang bei
 Verpflichtungserklärungen der
 Gemeinden,
 in: DGemTg 1936, 49 - 59, 87 -
 91, 139 - 141, 184 - 187
- Schlempp, (ohne) Der Rechtsverkehr der Eigen-
 betriebe,
 in: DGemTg 1939, 174 - 176
- Schmid, Carl Grundsätzliches zur Rechtsstel-
 lung des Kassenverwalters im
 Gemeinderecht für Baden-Württem-
 berg,
 in: GemHh 1963, 97 - 100
- Schmitt, Günther System der Rechtsaufsicht über
 die Gemeinden in der Bundesre-
 publik Deutschland,
 Diss. jur. Erlangen 1962
- Schneider, Herbert Bürgerlich-rechtliche Wirkungen
 der Deutschen Gemeindeordnung,
 in: JW 1935, 2028 - 2032
- Schneider, K. Mündliche Verträge preußischer
 Ortsbehörden,
 in: VwA 15, 247 - 261
- Schneider, Ludwig Gemeinderecht in Hessen,
 4. Aufl.,
 Göttingen 1966

- Schönfelder, Heinrich Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts, begründet von Heinrich Schönfelder, München - Berlin
- Scholz, Franz Formnichtigkeit und Arglistseinrede,
in: NJW 1950, 81 - 84
- ders. Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand,
in: NJW 1953, 961 - 963
- Schreiber, (ohne) Formalismus,
in: DNotV 1908, 717 - 749
- Schreiber, (ohne) Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften,
in: DNotV 1911, 495 - 546,
583 - 624
- Schuhknecht, Lothar Unternehmensführung und Gemeindeverfassung im Hinblick auf das Niedersächsische Eigenbetriebsrecht,
in: DÖV 1961, 134 - 136
- Schulze, Werner Zu § 29 GBO neuer Fassung
Muß im grundbuchlichen Verkehr der Unterschrift unter eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes das Siegel oder der Stempel der Behörde beigedrückt werden ?,
in: JW 1937, 84 - 85
- Schuster, Wolfgang - Diehl, Günther Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz,
Kommentar (Loseblatt),
seit 1967, Mainz - Gonsenheim
- Seeger, Richard Geschäfte der laufenden Verwaltung nach der Gemeindeordnung Baden-Württemberg,
in: BWVB1 1957, 51 - 55
- Sommer, Walter Zur Rechtsstellung des Gemeindevorstehers in Nordrhein-Westfalen,
in: StTg 1957, 5 - 6

- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil,
11. Aufl., Berlin 1957
Bearbeiter: §§ 1 - 240 BGB
Helmut Coing
zit.: Staudinger-Coing
- Steinweg, Reiner
Die Bedeutung der öffentlich-
rechtlichen Form-, Vertretungs-
und Genehmigungsvorschriften
für die Wirksamkeit von Privat-
rechtsgeschäften der Gemeinden,
Diss. jur. Bonn 1964
- Stern, Klaus
Der rechtliche Standort der Ge-
meindewirtschaft,
in: AfK 3, 81 - 102
- Stich, Rudolf Franz
Vertrauensschutz im Verwaltungs-
recht,
Diss. jur. Mainz 1954
- Stierling, Eckhard
Das Kommunalverfassungsrecht im
Lande Bremen,
Diss. jur. Göttingen 1964
- Sudhoff, Jürgen
Die Vertretung der Gemeinde in
Organen wirtschaftlicher Unter-
nehmen,
Diss. jur. Münster 1961
- Surén, Friedrich-Karl
Die Gemeindeordnungen in der
Bundesrepublik
Ein systematisch vergleichender
Gesamtkommentar,
Band II, Gemeindewirtschafts-
recht,
Köln-Berlin-München-Bonn 1960
- Surén, Friedrich-Karl -
Loschelder, Wilhelm
Die Deutsche Gemeindeordnung,
Kommentar, 2 Bände,
Berlin 1940
- Thomas, Heinz -
Putzo, Hans
Zivilprozeßordnung,
Kommentar, 3. Aufl.,
München 1968
- Triepel, Heinrich
Delegation und Mandat im Öffent-
lichen Recht,
Stuttgart - Berlin 1942

- Walz, Ernst
Gemeindeverfassungsrecht in den
Ländern der süddeutschen Rats-
verfassung,
in: HBKWP I, 235 - 279
- Weber, Oskar
Gilt der Formzwang des bürger-
lichen Rechts auch für die
eigenen Erklärungen einer Ver-
waltungsbehörde ?,
in: DJ 1940, 894 - 896
- Weigert, (ohne)
Die verpflichtenden Rechtsge-
schäfte der rheinischen Land-
gemeinden,
in: PrVBl 36, 22 - 23
- Wessel, Karl-Heinz
Organschaftliche Erklärung und
Gemeindebeschuß im Verfassungs-
recht der Gemeinden der früher
preußischen Gebietsteile des
Landes Nordrhein-Westfalen von
1856 bis heute,
Diss. jur. Münster 1956
- Wicher, Gerhard
Die geeignete Unternehmensform
für wirtschaftliche Unterneh-
men der Gemeinden und Gemeinde-
verbände,
Diss. jur. Münster 1963
- Widtmann, Julius
Zur Auslegung des Art. 38 Abs. 2
der Gemeindeordnung,
in: BayBm 1955, 7 - 10
- Wild, Hans Walter
Treu und Glauben bei Verpflich-
tungserklärungen der Gemeinde
gemäß Art. 38 Abs. 2 GO,
in: BayBm 1955, 175 - 178
- ders.
Treu und Glauben bei Privat-
rechtsgeschäften der öffentli-
chen Hand,
in: NJW 1955, 693 - 696
- Wohlfarth, (ohne)
Die Bedeutung der Formvorschrift
des § 88 Abs. 4 Ziff. 7 der Land-
gemeindeordnung für die sieben
östlichen Provinzen,
in: JW 1913, 712 - 713
- Wolff, Hans J.
Verwaltungsrecht I, 7. Aufl.,
München 1968
zit.: Wolff VwR I

- | | | |
|----------------------------------|-----|--|
| ders. | | Verwaltungsrecht II, (Organisations- und Dienstrecht),
2. Aufl.,
München - Berlin 1967
<u>zit.:</u> Wolff VwR II |
| ders. | | Organschaft und Juristische Person,
Band 1 Juristische Person und Staatsperson,
Berlin 1933
<u>zit.:</u> Wolff: Juristische Person |
| | | Band 2 Theorie der Vertretung,
Berlin 1934
<u>zit.:</u> Wolff: Vertretung |
| ders. | | Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen,
in: AfK 2, 149 - 174 |
| Zeiß, Friedrich | | Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe unter besonderer Berücksichtigung der Eigenbetriebsverordnung Nordrhein-Westfalen,
Kommentar, 2. Aufl.,
Stuttgart 1962 |
| Ziegler, Georg -
Tremel, Paul | Hg. | Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern
Sammlung bayerischer Gesetze und Verordnungen mit Verweisungen und Sachverzeichnis,
München |
| Zuhorn, Karl -
Hoppe, Werner | | Gemeinde-Verfassung,
2. Aufl.,
Siegburg 1962 |

Abkürzungsverzeichnis

=====

Zeitschriften sind, soweit nichts anderes vermerkt, nach Jahr und Seite bzw. Spalte zitiert.

a.A.	anderer Ansicht
AAnw.	Ausführungsanweisung
AAnw. zur DGO	Erste Anweisung zur Ausführung der Deutschen Gemeindeordnung vom 22.3.1935 (RMBIIV. S. 415)
AAnw. zur EBVO 38	Erste Ausführungsanweisung zur Eigenbetriebsverordnung 38 vom 22.3.1939 (RMBIIV. S. 633)
AAnw. zur nwEBVO	Ausführung der Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. Gemeinsamer RdErl. des Innenministers und des Finanzministers vom 14.4.1954 (SMBI NW 6411)
AAnw. zur KuRVO 38	Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden (KuRVO 38) vom 1.3.1939 (RMBIIV. S. 441)
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausführungsbestimmungen
AB zur ndsGemO	Ausführungsbestimmungen zur Niedersächsischen Gemeindeordnung i.d.F. vom 8.10.1963 (NdsMBI. S. 875)
ABl	Amtsblatt
ABISchlH	Amtsblatt für das Land Schleswig-Holstein
ABR	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift, Band, Seite)
AErlaß zur nwKuRVO	Ausführung der Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden (KuRVO). Gemeinsamer RdErl. des Innenministers und des Finanzministers vom 2.1.1956 (MBI NW S. 397)
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften (Zeitschrift, Band, Seite)

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktengesetz vom 6.9.1965 (BGBI. I S. 1089), (Schönfelder 51)
Amtl.Begr.	Amtliche Begründung
Amtl.Begr. zur DGO	Amtliche Begründung zur Deutschen Gemeindeordnung, abgedruckt bei Kerrl-Weidemann zu den einzelnen §§ der DGO
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (bis 1910: Archiv für öffentliches Recht) (Zeitschrift, Band, Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AZG	Allgemeines Zuständigkeitsgesetz
bad.	badisch
Bay, bay	Bayern, bayerisch
BayBm	Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift)
bayGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952 (GVBl. S. 19), (Loschelder 2), (Ziegler - Tremel 280)
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVGHE n.F.	Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, neue Folge (Band, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
bezgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBI. S. 195) mit Änderungen, (Schönfelder 20)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
Bl.	Blatt
bln	berliner
blnAZG	Gesetz über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung vom 2.10.1958 (GVBl. S. 947), (Loschelder 5)
blnVerf	Verfassung von Berlin vom 1.9.1950 (VOBl. S. 433), (Loschelder 3)
Brhv, brhv	Bremerhaven, bremerhavisch
brhvStVerf	Verfassung für die Stadt Bremerhaven vom 4.11.1947 (Brm.GBl. S. 291), (Loschelder 8)
brm	bremisch
brmVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21.10.1947 (Brm.GBl. S. 251), (Loschelder 6)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BW, bw	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
bwEBG	(baden-württembergisches) Gesetz über die Eigenbetriebe der Gemeinden vom 19.7.1962 (GBl. S. 67), (Dürig 59)
bwGemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25.7.1955 (GBl. S. 129), (Loschelder 1), (Dürig 56)
BWVB1.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, Landesbeilage zur DÖV)
ders.	derselbe
DGemTg	Der Gemeindetag (Zeitschrift)
DGO	Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935 (RGBl. I S. 49)
d.h.	das heißt
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift)
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖD	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DÖD (B)	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift), Ausgabe B

DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRPfl.	Deutsche Rechtspflege (Zeitschrift)
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung, Entscheidungssammlung und Aufsatzhinweise (Loseblattsammlung, geordnet nach Nummern und Seiten)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatts)
DVO	Durchführungsverordnung
2. DVO zur DGO	Zweite Durchführungsverordnung zur Deutschen Gemeindeordnung vom 25.3.1936 (RGB1. I S. 272)
DVO zum rhpfSVG	Erste Landesverordnung zur Durchführung der Gemeindeordnung (des Landes Rheinland-Pfalz) vom 3.12.1964 (GVBl. S. 251)
DVO zur schlhGemO	Durchführungsverordnung zur Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 12.9.1959 (GVBl. S. 177) i.d.F. vom 1.3.1962 (GVBl. S. 119)
FBG	Eigenbetriebsgesetz
EBVO	Eigenbetriebsverordnung
EBVO 38	Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938 (RGB1. I S. 1650)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18.8.1896 (RGB1. S. 604) mit Änderungen, (Schönfelder 21)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
Ew.	Einwohner

GABl.	Gemeinsames Amtsblatt
GBl.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung vom 24.3.1897 (RGBl. S. 139) i.d.F. der Be- kanntmachung vom 5.8.1935 (RGBl. I S. 1073) mit Änderungen, (Schönfelder 114)
Gem	Die Gemeinde (Zeitschrift)
GemHh	Der Gemeindehaushalt (Zeitschrift)
GemO	Gemeindeordnung
GemR	Der Gemeinderat (Zeitschrift)
GenG	(Reichs-) Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsge- nossenschaften vom 1.5.1889 (RGBl. S. 55) i.d.F. der Be- kanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl. S. 810) mit Änderungen (Schönfelder 53)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepu- blik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1) mit Änderungen, (Schönfelder 1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	(Reichs-) Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl. S. 477) i.d.F. der Be- kanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl. S. 846) mit Änderungen, (Schönfelder 52)
grds.	grundsätzlich
GS.	Preußische Gesetzssammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbs.	Halbsatz

HBKWP I, II, III	Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, hg. von Hans Peters, 3 Bände, Berlin - Göttingen-Heidelberg, I. Bd. Kommunalverfassung, 1956; II. Bd. Kommunale Verwaltung, 1957; III. Bd. Kommunale Finanzen und Kommunale Wirtschaft, 1959
He, he	Hessen, hessisch
heEBG	Hessisches Eigentetriebsgesetz vom 9.3.1957 (GVBl. S. 19), (Fuhr-Pfeil 46)
heGemO	Hessische Gemeindeordnung vom 25.2.1952 (GVBl. S. 11), (Loschelder 11), (Fuhr-Pfeil 45)
heKuRVO	(hessische) Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden vom 27.1.1956 (GVBl. S. 55), (Fuhr-Pfeil 45 g)
Hg, hg	Herausgeber, herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RGBl. S. 219) mit Änderungen, (Schönfelder 50)
hmbVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6.6.1952 (GVBl. I S. 117), (Loschelder 9)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Zeitschrift, Jahr, Nr.)
1.d.F.	in der Fassung
1.d.R.	in der Regel
JMBlnW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)

KD	Der Kommunaldienst (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft, Kammer- gericht
KKZ	Kommunal-Kassen-Zeitschrift
KomU	Kommunale Umschau (Zeitschrift)
KPBl.	Kommunalpolitische Blätter (Zeitschrift)
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsge- setz
KuRVO	Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemein- den (Kassen- und Rechnungsver- ordnung)
KuRVO 38	Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden vom 2.11.1938 (RGBl. I S. 1583)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LGO	Landgemeindeordnung
LM	Das Nachschlagewerk des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen, hg. von Fritz Lindenmaier und Philipp Möhring, München-Berlin seit 1951, (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	mit
MBl.	Ministerialblatt
MBl.NW	Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
MdI	Minister des Inneren
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)

Nds, nds	Niedersachsen, niedersächsisch
ndsGemO	Niedersächsische Gemeindeordnung vom 4.3.1955 (GVBl. Sb. I S. 55), (Loschelder 12), (März 22 A)
ndsKRPVO	(niedersächsische) Verordnung über das Kassen-, Rechnungs- und Prüfungswesen der Gemeinden vom 18.2.1957 (GVBl. S. 13), (März 222 - 6)
NdsMBI.	Niedersächsisches Ministerialblatt
NdsRPFf.	Niedersächsische Rechtspflege (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
Nw, nw	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
nwEBVO	(nordrhein-westfälische) Eigenbetriebsverordnung vom 22.12.1953 (GVBl. S. 435), (Hippel-Rehborn 24)
nwGemO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.10.1952 (GVBl. S. 283), (Loschelder 13), (Hippel-Rehborn 20)
nwKuRVO	(nordrhein-westfälische) Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden vom 1.3.1955 (GVBl. S. 29), (Hippel-Rehborn 27)
nwKWG	Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz) i.d.F. vom 5.3.1964 (GVBl. S. 53), (Hippel-Rehborn 21)
nwVerf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.6.1950 (GVBl. S. 127), (Hippel-Rehborn 1)

ObG Danzig	Obergericht der Freien Stadt Danzig
OLG	Oberlandesgericht
OLG SchlH	Oberlandesgericht Schleswig- Holstein
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwal- tungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Nieder- sachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (Band, Seite)
Pr, pr	Preußen, preußisch
PrGemFinG	Preußisches Gemeindefinanzge- setz vom 15.12.1933 (GS. S. 442)
prLGO 1891	Landgemeindeordnung für die sie- ben östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 3.7.1891 (GS, S. 233)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsge- richt
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Band, Seite)
prSTO 1853	Städteordnung für die sechs öst- lichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30.5.1853 (GS. S. 261)
PrVB1.	Preußisches Verwaltungsblatt (Zeitschrift), bis Bd. 48; ab Bd. 49 RuPrVB1
RdErl.	Runderlaß
1. RdErl. zur bwGemO	Erster Runderlaß des Innenmini- steriums über die Ausführung der Gemeindeordnung für Baden- Württemberg vom 15.11.1955 (GABl. S. 465)
RdNr.	Randnummer

revDGO	Die deutsche Gemeindeordnung i.d.F. der Verordnung Nr. 21 der Britischen Militärregie- rung (Abl. der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontroll- gebiet, 1946, S. 127)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsge- richts in Zivilsachen (Band, Seite)
RhPf, rhpf	Rheinland-Pfalz, rheinland- pfälzisch
rhpfEBVO	(rheinland-pfälzische) Eigenbe- triebsverordnung vom 23.4.1965 (GVBl. S. 81)
rhpfSVG	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 27.9.1948 (GVBl. S. 335), (Loschelder 14)
RMBliV.	Reichsministerialblatt für die innere Verwaltung
RsprEntsch	Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, hg. von Kurt Kottenberg, Heinz Steffens und Wilhelm Henrichs, Siegburg seit 1956 (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
RuFrVB1.	Reichs- und Preußisches Verwal- tungsblatt (Zeitschrift), von Bd. 49 bis Bd. 55; ab Bd. 56 RVBl.
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt (Zeitschrift)
S.	Seite
S.a.	siehe auch
Saarl, saarl	Saarland, saarländisch
saarlEBVO	(saarländische) Eigenbetriebs- verordnung vom 11.11.1954 (Abl. S. 1415)

saarlKSVG	Saarländisches Gesetz Nr. 788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise (Kommunalselbstverwaltungsge- setz) vom 15.1.1964 (ABl. S.123), (Loschelder 15)
Sb.	Sonderband
SchlH, schlh	Schleswig-Holstein, schleswig- holsteinisch
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzei- gen, Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein, Teil A (Zeitschrift)
schlhGemO	Gemeindeordnung für Schleswig- Holstein vom 24.1.1950 (GVBl. S. 25), (Loschelder 16)
StenoBer GemONW	Stenographischer Bericht über die Sitzungen des Ausschusses zur Beratung der Gemeinde-, Amts- und Kreisordnung des Land- tages Nordrhein-Westfalen
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
SMBlnW	Sammlung des bereinigten Mini- sterialblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StO	Städteordnung
StTg	Der Städtetag (Zeitschrift)
StVerf	Stadtverfassung
s.u.	siehe unten
SVG	Selbstverwaltungsgesetz
SVw	Die Selbstverwaltung. Organ des Deutschen Landkreistages (Zeitschrift)

u.a.	unter anderen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	von, vom
Verf	Verfassung
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individual- versicherung (Zeitschrift)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfGHNW	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHBad	Badischer Verwaltungsgerichts- hof
VGHBay	Bayerischer Verwaltungsgerichts- hof
VGHHe	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
Vgl.	Vergleiche
VOBl.	Verordnungsblatt
VwA	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift, Band, Seite)
VwGO	(Bundes-) Verwaltungsgerichts- ordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17), (Sartorius 600)
VwR	Verwaltungsrecht
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Hg. v. Georg Zieg- ler (Band, Seite)
VwVO	Verwaltungsverordnung
1. VwVO zur nwGemO	Erste Verwaltungsverordnung zur Gemeindeordnung (für das Land Nordrhein-Westfalen) vom 10.11.1952 (SMB1NW 2020)

Wochendienst GTWL

Der Wochendienst für die Städte,
Ämter und Gemeinden im Gemein-
detag Westfalen-Lippe

WRV

Verfassung des Deutschen Rei-
ches vom 11.8.1919 (Weimarer
Reichsverfassung)
(RGBl. S. 1383), (Sartorius 6)

z.B.

zum Beispiel

Ziff.

Ziffer

zit.

zitiert

ZPO

Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877
(RGBl. S. 83) i.d.F. der Be-
kanntmachung vom 12.9.1950
(RGBl. S. 533) mit Änderungen,
(Schönfelder 100)

Einleitung

Jede juristische Person des öffentlichen Rechts kann sich im Rahmen der gestaltenden öffentlichen Verwaltung wie jedermann der privatrechtlichen Formen bedienen. Sie kann also Dienst-, Werk-, Kauf-, Mietverträge usw. abschließen, Eigentümer, Besitzer usw. sein und sich an Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts beteiligen. Dabei vollzieht sich die konkrete öffentliche Verwaltung in letzter Zeit immer häufiger in privatrechtlichen Formen, da öffentlich-rechtliche für den beabsichtigten Zweck oft nicht zur Verfügung stehen und die privatrechtlichen Formen den Verwaltungsträgern bei der Gestaltung weiteren Spielraum lassen.

Dieses Vordrängen der öffentlichen Verwaltung in das Privatrecht wirft im Bereich der gemeindlichen Außenvertretung eine Reihe von Problemen auf, die insbesondere darauf zurückzuführen sind, daß die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung der Gemeinden heute in den geltenden Gemeindeverfassungen sehr unterschiedlich geregelt ist. So stellt sich z.B. für den mit einer Gemeinde einen privatschriftlichen Vertrag abschließenden Bürger immer wieder die Frage, ob die Gemeinde dabei durch die richtige Person vertreten wird und ob diese Person in der richtigen Form handelt.

Leider haben es die Länder der Bundesrepublik Deutschland nicht verstanden, nach 1945 an die reichseinheitliche Regelung des Gemeinderechts anzuknüpfen, die durch den Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 ¹⁾ erstmalig erzielt worden war und durch die die vorher im Gebiet des Deutschen Reiches geltenden 41 verschiedenen Städte-, Gemeinde- und Landgemeindeordnungen ²⁾ außer Kraft gesetzt wurden ³⁾.

1) RGBl. I S. 49

2) Vgl. die Aufstellung bei Jellinek 71/72

3) Vgl. aber § 119 DGO

Sieht man bei der Deutschen Gemeindeordnung von gewissen ideologisch bedingten Auswüchsen ihrer inneren Struktur (Verankerung des Führerprinzips, Einflußnahme der NSDAP auf die Gemeindeverwaltung) einmal ab, so war diese erste reichseinheitliche Regelung kein schlechtes Werk und sie hätte daher gut als Grundlage für eine möglichst bundeseinheitliche Gemeindeverfassung dienen können.

Zu einer Rechtsübereinstimmung im Gemeinderecht über die Ländergrenzen hinweg kam es aber nicht, weil kommunalverfassungspolitischer Konservatismus, föderalistische Tendenzen und ein Beharren bei der von der britischen Besatzungsmacht oktroyierten Gemeinderechtsform dem entgegenstanden ¹⁾. Der äußere Grund für diese Rechtszersplitterung liegt darin, daß das Gemeinderecht nicht dem Zuständigkeitsbereich des Bundes zugeordnet, sondern gemäß Art. 70 GG der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Nicht einmal eine Bundeszuständigkeit zur Schaffung rahmenrechtlicher Vorschriften ist in Art. 75 GG vorgesehen.

Wie die vorliegende Untersuchung zeigen wird, sind als Folge dieser Rechtszersplitterung noch nicht einmal diejenigen Anforderungen an eine Vereinheitlichung des Gemeinderechts über die Ländergrenzen hinweg verwirklicht, die der Hauptausschuß des Deutschen Städtetages in seiner Entschließung vom 17.12.1954 vorschlägt ²⁾:

" Den deutschen Ländern soll dringend nahegelegt werden, durch freiwillige Rechtsgleichheit zumindest folgende Fragen des Gemeindeverfassungsrechts entsprechend den Vorschlägen des Deutschen Städtetages übereinstimmend zu regeln:

1) Fagenkopf 68; vgl. BayBm 1954, 26; Wolff VwR II § 86 I a

2) Abgedruckt bei Loschelder: Einführung 14

- Zuständigkeit für die Wahrnehmung der Geschäfte der laufenden Verwaltung,
- Formvorschriften für Erklärungen, durch welche die Gemeinden verpflichtet werden sollen,
- Bezeichnung der leitenden Beamten der Gemeindeverwaltung und des Ratsvorsitzenden. "

I. Kapitel Grundlegung

§ 1 Sachliche Abgrenzung des Themas

I. Die Gemeindeverfassungen

Die folgende Untersuchung stellt die sich im Zusammenhang mit der Außenvertretung der Gemeinden ergebenden Fragen dar an Hand der Gemeindeordnungen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, des Selbstverwaltungsgesetzes von Rheinland-Pfalz, des Kommunalselbstverwaltungsgesetzes des Saarlandes sowie der Stadtverfassung von Bremerhaven ¹⁾. Da die genannten Gemeindeverfassungen zum Teil für die Gemeinden sehr unterschiedliche Organisationsformen vorsehen, ist die Übersichtlichkeit der Darstellung nur gewährleistet, wenn sich die Untersuchung auf die nach der einzelnen Gemeindeverfassung jeweiligen Hauptorganisationsformen beschränkt.

a) Aus diesem Grunde soll zunächst darauf verzichtet werden, die Besonderheiten derjenigen Gemeindeverfassungen aufzuzeigen, bei denen für kleinere Gemeinden an die Stelle der Gemeindevertretung eine Gemeindeversammlung treten kann ²⁾ bzw. muß ³⁾.

b) In Baden-Württemberg wird weiter nur die sog. Gemeinderatsverfassung ⁴⁾ betrachtet.

1) Die Gemeindeverfassungen (s.u. auch die Verfassungen der Stadtstaaten) werden jeweils nach der Fassung zitiert, in der sie in der von Loschelder herausgegebenen Sammlung "Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland", Kohlhammer 1965, niedergelegt sind.

2) BW: in Gemeinden bis zu 200 Ew, §§ 23 III, 65 bwGemO; NW: in Gemeinden bis zu 100 Ew, § 27 III nwGemO, § 53 nwKWG

3) He: in Gemeinden bis zu 100 Ew, §§ 9 III, 80 heGemO; Nds.: in Gemeinden bis zu 100 Ew, § 68 ndsGemO; SchlH: in Gemeinden bis zu 70 Ew, § 73 schlhGemO

4) §§ 23 I, 24 ff bwGemO

Die Bürgerausschußverfassung, die für Gemeinden mit mehr als 3.000 Einwohnern neben der Gemeindevertretung und dem Bürgermeister einen Bürgerausschuß als Zustimmungsorgan zur Verwaltung der Gemeinden vorsieht ¹⁾, bleibt unberücksichtigt, da die bwGemeinden von dieser Verfassungsform wegen der mit ihr verbundenen Schwerfälligkeit nur in geringem Umfange Gebrauch gemacht haben ²⁾. Die Bürgerausschußverfassung hat die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt.

c) Die Untersuchung geht auch nicht auf die Besonderheiten ein, die sich in Niedersachsen für Gemeinden bis zu 2.000 Einwohnern daraus ergeben, daß der Verwaltungsausschuß nicht notwendig gebildet zu werden braucht ³⁾ und der Ratsvorsitzende Gemeindedirektor ist ⁴⁾.

d) In Nordrhein-Westfalen bleiben schließlich die Sonderbestimmungen unberücksichtigt, die für amtsfreie Gemeinden unter 3.000 Einwohnern und für amtsangehörige Gemeinden bestehen ⁵⁾.

II. Die Verfassungen der drei Stadtstaaten: ⁶⁾

In dieser Untersuchung bleiben weiter die Verfassung von Berlin, die Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen und die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg unberücksichtigt.

1) §§ 23 II, 55 ff bwGemO; s.a. Held 46

2) Vgl. Kunze-Schmid § 23 Erl. I 1, II 1. Nur insgesamt 15 Gemeinden haben zu den Gemeindewahlen 1956 die Bürgerausschußverfassung eingeführt.

3) § 69 ndsGemO

4) § 70 ndsGemO

5) §§ 57 - 61 nwGemO

6) Stadtstaaten im engeren Sinne sind Gebietskörperschaften, die Staat und Gemeinde zugleich sind, in denen also Staat und Gemeinde nicht als verschiedene Rechtssubjekte gedacht werden können, vgl. Gönnenwein 236; Brell 55. Stadtstaaten in diesem Sinne wären daher Berlin und Hamburg, nicht jedoch Bremen. Man kann Bremen aber als Stadtstaat im älteren Sinne ansehen, vgl. Gönnenwein 243, 236/237; Brell 55.

Berlin und Hamburg sind zugleich (Stadt-) Staaten und (Stadt-) Gemeinden, in denen staatliche und gemeindliche Tätigkeit nicht getrennt werden ¹⁾. Die (Stadt-) Verwaltungsbehörden sind daher Gemeinde- und Staatsorgane, Landes- und Kommunalverwaltung sind nicht unterscheidbar ²⁾.

Im Gegensatz dazu ist Bremen kein (Stadt-) Staat, sondern zugleich Staat ³⁾ und Gemeindeverband höherer Ordnung ⁴⁾ für die Stadt Bremen und die Stadt Bremerhaven. Da nur die Stadt Bremerhaven von ihrem Recht Gebrauch gemacht hat, gemäß Art. 145 I brmVerf. selbst ihre Verfassung festzustellen, wird die verfassungsrechtliche Situation der Stadtgemeinde Bremen durch Art. 148 brmVerf. bestimmt. Solange die Stadtgemeinde Bremen daher nicht selbst eine Verfassung festgestellt hat ⁵⁾, sind die Staatsorgane der Freien Hansestadt Bremen zugleich auch gesetzliche Organe der Stadtgemeinde Bremen.

Berlin, Bremen und Hamburg nehmen somit eine Sonderstellung ein, die es rechtfertigt, sie aus der vorliegenden Untersuchung auszuklammern.

1) § 1 blnAZG; Art. 1 blnVerf.; Art. 4 I hmbVerf.

2) Vgl. Goetz: HBKWP I, 492; Ipsen: HBKWP I, 507 f.

3) Art. 64 brmVerf.

4) Art. 143 brmVerf; s.a. Stierling 40 ff.

5) Die Feststellung einer Verfassung für die Stadtgemeinde Bremen ist nach den hergebrachten Grundsätzen der bremischen Verwaltungspolitik auch nicht zu erwarten, vgl. Arendt: HBKWP I, 524 Anm. 1.

§ 2 Die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts

I. Der Rechtscharakter der Gemeinde

Die Gemeinden sind Gebietskörperschaften ¹⁾ auf der untersten Stufe des Verwaltungsaufbaus nach dem Bund und den Ländern. Im Rahmen der Gesetze nehmen sie alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung wahr. Gebietskörperschaften sind diejenigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, die mit Gebietshoheit (allerfassender örtlicher Zuständigkeit) ausgestattet sind und bei denen sich die Mitgliedschaft nach Sitz bzw. Wohnsitz im Gebiet der Körperschaft richtet ²⁾. Es sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, weil sie ihre Individualität als Rechtssubjekt nicht der Privatautonomie, sondern einem Hoheitsakt verdanken, rechtlich also notwendig sind ³⁾, und weil die ihnen zugeordneten Zuständigkeiten wenigstens zum Teil Rechte und Pflichten betreffen, die notwendig nur einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zugeordnet werden können. Als Körperschaften sind die Gemeinden juristische Personen.

Die Gemeinden entstehen unmittelbar kraft Gesetzes durch verfassungsrechtliche Anerkennung ⁴⁾.

1) Das wird von allen Gemeindeverfassungen in Übereinstimmung mit § 1 DGO ausdrücklich festgestellt, vgl. § 1 IV bwGemO; Art. 1 bayGemO; § 1 brhvStVerf; § 1 II heGemO; § 1 II ndsGemO; § 1 II nwGemO; § 1 rhpfSVG; § 1 II saarlKSVG; § 1 II schlhGemO.-

Wegen der unstrittenen Frage, ob die Gemeinde eine "ursprüngliche" Gebietskörperschaft ist, wovon Art. 1 bayGemO ausgeht, vgl. Pagenkopf 222 ff; Hölzl Art. 1 Erl. 3; Wolff VwR II § 86 I b.

2) Vgl. Pagenkopf 72; Wolff VwR II § 84 III d 1; Hoppe 40; Elleringmann: Grundlagen 22/23.

3) Wolff VwR II § 84 II b 1.

4) Vgl. Art. 28 II GG und die Landesverfassungen, so z.B. Art. 1 I, 78 nwVerf; Wolff VwR I § 34 III a 1.

Mit ihrer Schöpfung ist ihnen die Rechtsfähigkeit verliehen, d.h. sie können in einem System von Rechtssätzen im Verhältnis zu anderen Rechtspersonen Endsubjekt rechtstechnischer Zuordnung sein ¹⁾. Die öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit der Gemeinden als juristische Personen des öffentlichen Rechts ist zwangsläufig verknüpft mit der privat-rechtlichen Rechtsfähigkeit ²⁾.

II. Das Wesen der juristischen Person

a) Über das Wesen der juristischen Person herrscht schon seit jeher ein Theorienstreit, der auch heute noch nicht als beigelegt angesehen werden kann. Auf eine Darstellung dieses Streites muß im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wegen des fast unübersehbaren Schrifttums verzichtet werden ³⁾. Hervorgehoben sei nur die bis in die jüngste Zeit herrschende Theorie der "realen Verbandspersönlichkeit", die von OTTO von GIERKE entwickelt worden ist. Nach dieser Theorie ist die Willens- und Handlungsfähigkeit einer Körperschaft eine in und mit der "Gesamtperson" gegebene Wirklichkeit, die nicht vom Recht geschaffen, sondern nur anerkannt worden ist ⁴⁾.

Die von GIERKE entwickelte Theorie über das Wesen der juristischen Person ist nicht haltbar. Sie beruht auf einer unzulässigen juristischen Fiktion. Die Bedeutung einer Fiktion liegt in einer bloß gedachten Annahme, die aus Zweckmäßigkeitsgründen im Gegensatz zur Wirklichkeit erfolgt.

1) Wolff VwR I § 32 III b; Klotz 10; Enneccerus-Nipperdey I, § 105 I; Eckhardt 2.

2) Klotz 87; Wolff VwR I § 34 I b 2; Bachof: AöR 83, 266; Bohley: BayBm 1953, 217.

3) Vgl. dazu die Literaturangaben bei Enneccerus-Nipperdey I, § 103 Anm. 1 u. 2. Eine kritische Darstellung der Lehren bringt Wolff: Juristische Perscn 1 ff; Lehmann § 59 I.

4) Gierke: Privatrecht 470/472.

Sie besteht nicht in einer Fiktion der den Rechtsbegriffen unterliegenden Wirklichkeit selbst ¹⁾. Eine solche unzulässige Fiktion nimmt GIERKE jedoch vor, wenn er die juristische Person als eine "reale Verbandspersönlichkeit", als eine "wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson" ansieht ²⁾.

Der Theorienstreit über das Wesen der juristischen Person verliert an Bedeutung, wenn man mit WOLFF die juristische Person rechtstechnisch als "rechtsfähiges Zurechnungssubjekt" bzw. als einen "Komplex von Rechtsbeziehungen, die durch ihre Satzung und die Rechtsordnung normiert sind" ³⁾, auffaßt. Dieser rechtstechnische Begriff ermöglicht die Umschreibung vielfacher Rechtsbeziehungen auf einfache Weise, ohne über den Inhalt Endgültiges auszusagen.

b) Die von WOLFF vertretene Theorie beruht auf folgenden Gedankengängen: An sich können Pflicht- und Rechtssubjekte im rechtselementaren Sinn nur Menschen sein, da allein die Menschen fähig sind, (von einem Mindestalter an) Gebote einzu- sehen und Interessen zu haben ⁴⁾. Aus Gründen zweckmäßiger Vereinfachung werden rechtstechnisch jedoch auch solche Organisationen als Subjekte der von der positiven Rechtsordnung aufgestellten Rechte und Pflichten angesehen, die die Voraussetzungen der Pflicht- bzw. Rechtssubjektivität nicht erfüllen ⁵⁾. Voraussetzung für die rechtstechnische Behandlung von Organisationen als Subjekte von Rechten und Pflichten ist dann aber stets, "daß die Verpflichtungen und Berechtigungen auf rechtselementare Pflicht- und Rechtssubjekte zurückgeführt werden können" ⁶⁾.

1) Wolff: Juristische Person 17.

2) Vgl. auch Benner 17.

3) Wolff: Juristische Person 230, 229.

4) Wolff VwR I § 32 I.

5) Wolff VwR I § 32 II b, § 34 I a.

6) Wolff VwR I § 32 II c; ders.: Vertretung 253.

Rechtselementare Pflichtsubjekte sind diejenigen pflichtfähigen Menschen, die die der Organisation subjektiv zugeordneten Verpflichtungen wahrnehmen ¹⁾. Während die Träger der Organisation (z.B. die Gemeindemitglieder) rechtselementare "Rechtssubjekte der der Organisation subjektiv zugeordneten Verpflichtungen und Berechtigungen sind" ²⁾. Die juristische Person und somit die Gemeinde ist daher rechtstechnisches Zurechnungssubjekt ³⁾.

III. Die Wirkfähigkeit der Gemeinde durch ihre Organe

Die Gemeinde ist als juristische Person selbständiges Tätigkeitszentrum, gedachter Zuordnungsendpunkt derjenigen Rechte und Pflichten, die sich aus ihrer Eigenschaft als Gebietskörperschaft ergeben. Diese der Gemeinde zustehenden Rechte und Pflichten werden durch die jeweiligen Gemeindeverfassungen einem oder mehreren Gemeindeorganen zugeordnet.

a) Der Organbegriff

Obwohl somit alle Gemeindeverfassungen von dem Begriff des (Gemeinde-) Organs ausgehen und ihn einheitlich zur Kennzeichnung der Vertretung der Gemeinde gebrauchen, ist in der Rechtswissenschaft streitig, durch welche Merkmale sein Inhalt bestimmt wird.

1. Das Organ als Institution

a₁ Ein von OTTO von GIERKE ausgehender und sehr eng mit seiner Theorie über das Wesen der juristischen Person verbundener Organbegriff versteht unter Organ jede als Teil eines Verbandsorganismus gesetzte Person oder Personenmehrheit,

1) Wolff VwR I § 32 II c; ders.: Vertretung 254: rechtselementare Pflichtsubjekte sind erst - und nur - die Organwalter.

2) Wolff VwR I § 32 II c.

3) Wolff: Juristische Person 230.

die kraft der gemeinschaftlichen Lebensordnung berufen ist, die Funktionen des Verbandslebens zu versehen ¹⁾ oder kürzer " die Darstellung des Ganzen durch den Teil " ²⁾. Nach dieser Begriffsbestimmung sind also Organe Personen und Personenmehrheiten, deren Willen und Handeln in bestimmtem Umfange und unter bestimmten Voraussetzungen als Willen und Handeln der juristischen Person gilt.

Die Organlehre von GIERKE wird heute u.a. vertreten von PETERS ³⁾ und dem VfGHNW ⁴⁾.

b₁ Abweichend hiervon faßt WOLFF das Organ als eine Institution und nicht als physische Person auf. Organ ist danach " ein durch organisatorische Rechtssätze oder ermächtigten Einzelakt gebildetes eigenständiges, institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten zur transitorischen Wahrnehmung der Eigenzuständigkeiten einer juristischen Person " ⁵⁾. Unter " Zuständigkeit " ist dabei die Bezogenheit einer Pflicht oder eines subjektiven Rechts auf ein Subjekt zu verstehen ⁶⁾. " Eigenzuständigkeit " meint die Zuordnung einer Verpflichtung oder einer Berechtigung zu einem rechtsfähigen Träger, dem sie objektiv-rechtlich endgültig zukommt ⁷⁾. " Wahrnehmungszuständigkeit " ist dagegen die Verpflichtung und Berechtigung zur Ausübung bestimmter Zuständigkeiten einer organisatorischen Einheit ⁸⁾. Da die im Organ zusammengefaßten Zuständigkeiten Rechte und Pflichten einer juristischen Person betreffen und für diese auszuüben sind, handelt es sich um Wahrnehmungszuständigkeiten.

1) Gierke in den Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages in Berlin, 1905, S. 111 (zit. nach Helfritz: Vertretung 47/48).

2) Gierke: Privatrecht 472.

3) Peters 109.

4) VfGHNW, Urt. v. 21.8.1954 OVGE 9, 76/77.

5) Wolff VwR II § 74 I f: Begriff des Organs im normativen (im Gegensatz zum biologischen und sozialen) Sinne.

6) Wolff VwR II § 72 I b.

7) Wolff VwR II § 72 I b.

8) Wolff VwR II § 72 I c.

Das Organ ist somit in bezug auf die allgemeine Rechtsordnung nicht Träger eigener Rechte und Pflichten, sondern nimmt nur die Rechte und Pflichten der Organisation wahr, deren Organ es ist. Als Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten ist das Organ also zwar Rechtssubjekt, aber idR nicht rechtsfähig ¹⁾.

c₁ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konnte nur auf diese beiden Begriffsbildungen eingegangen werden. Daneben gibt es in der Rechtswissenschaft aber noch verschiedene andere Begriffsbestimmungen. Ohne die Vorteile bzw. Nachteile der einzelnen Organbegriffe näher darzustellen, wird im folgenden der Organbegriff von WOLFF benutzt, da diese Definition eine scharfe Trennung zwischen den im Organ zusammengefaßten Zuständigkeiten und den handelnden Menschen vornimmt ²⁾ und daher besonders geeignet ist, auch in Grenzfällen über das Vorliegen eines Organs zu entscheiden ³⁾.

2. Der Organwalter

Die Organe sind jedoch, auch wenn sie errichtet sind ⁴⁾, nur normative Zurechnungssubjekte, die ihre Zwecke noch nicht erfüllen können. Erst mit der Einrichtung des Organs, wenn also diejenigen Menschen, die die im Organ zusammengefaßten Zuständigkeiten versehen und die Eigenzuständigkeiten der Organisation wahrnehmen sollen, ihre Tätigkeit aufnehmen, kann das Organ aktuell wirksam werden. Die Menschen, die die im Organ vereinigten Zuständigkeiten unter dem Namen des Organs wahrnehmen, bezeichnet WOLFF als " Organwalter " ⁵⁾. Durch sie wird das Organ erst willens- und handlungsfähig, da ihr Wille und ihr

1) Wolff VwR II § 74 I f 1.

2) Vgl. dazu unten S. 12/13.

3) Dem Organbegriff von Wolff folgen u.a. Benner 17 f; Zuhorn-Hoppe 159 f, Eckhardt 39 ff.

4) Die Errichtung eines Organs ist die Rechtsfolge organisatorischer Rechtssätze.

5) Vgl. Wolff VwR II § 74 IV b 1, § 74 I e.

Verhalten dem Organ rechtstechnisch zugerechnet wird ¹⁾. Das Organ ist jedoch nur Durchgangspunkt der rechtstechnischen Zurechnung, die endgültig zu der Organisation geht ²⁾. Dieser werden also nicht nur die Rechtsfolgen der von den Organwaltern gesetzten Tatbestände zugeordnet, sondern auch die von den Organwaltern gesetzten rechtsfolgebedingenden Tatbestandshandlungen als von ihr gesetzt zugerechnet ³⁾.

Der für die Organisation handelnde Mensch handelt als er selbst und erklärt seinen Willen. Einen Willen der Organisation gibt es im elementaren Sinne nicht. Auch das einzelne Organ ist kein Lebewesen, es kann weder handeln noch wollen. Spricht man daher von Organhandeln, so muß man sich bewußt bleiben, daß das Handeln der Organwalter gemeint ist. Die Organwalter handeln jedoch nur insoweit in Wahrnehmung der Organzuständigkeit, als sie spezifisch und erkennbar in ihrer Eigenschaft als Organwalter auftreten ⁴⁾.

Die Wirkfähigkeit der Gemeinden als juristische Personen wird also durch rechtstechnische Organisation erreicht, durch Zuteilung von Kompetenzen, die den Gemeinden aufgrund der Rechtsordnung zustehen, an Organe und durch die Verknüpfung der Organe und Organwalter mit den Kompetenzen durch die Schaffung von Wahrnehmungszuständigkeiten ⁵⁾.

b) Organschaft und Stellvertretung

Wie oben aufgezeigt wurde, handelt die Gemeinde durch ihre Organe oder genauer durch ihre Organwalter, die die Organzuständigkeiten wahrnehmen. Das Wesen und die Wirkungsweise dieses organschaftlichen Handelns stellt sich besonders deutlich

1) Wolff: Vertretung 235; ders.: VwR II § 74 IV b.

2) Wolff: Vertretung 261, 264; s.a. Benner 15; Zuhorn-Hoppe 159. Die rechtselementare Berechtigung und Verpflichtung verläuft gerade umgekehrt: von der Organisation über das Organ zu den Organwaltern, vgl. Wolff: Vertretung 261.

3) Wolff VwR I § 32 II b.

4) Eckhardt 14.

5) Eckhardt 2; s.a. Wolff: Vertretung 253/254.

dar, wenn man die Unterschiede zwischen Organschaft und Stellvertretung aufzeigt ¹⁾.

Bei der Stellvertretung handelt der Vertretene nicht selbst, der Stellvertreter handelt statt seiner; dem Vertretenen werden die Rechtsfolgen des Stellvertreterhandelns zugeordnet ²⁾. Bei der Organschaft handelt dagegen die Organisation (die Gemeinde) durch ihre Organwalter selbst. Das Verhalten der Organwalter gilt rechtlich als Verhalten der Organisation, ihr werden die von den Organwaltern gesetzten Tatbestandshandlungen zugerechnet ³⁾. Das Handeln der Walter der Gemeindeorgane ist demnach nicht fremdes Handeln für die Gemeinde, sondern eigene Willensbetätigung, die der Selbstverwirklichung der gemeindlichen Organisation dient ⁴⁾.

IV. Die verschiedenen Arten der Organe

In der Rechtsprechung und Rechtslehre zum Gemeinderecht werden die Gemeindeorgane herkömmlich in unmittelbare und mittelbare Organe unterschieden. So soll z.B. in Nordrhein-Westfalen die Gemeindevertretung ein unmittelbares, der Gemeindedirektor ein mittelbares Gemeindeorgan sein ⁵⁾. Gleichzeitig wird der Begriff des mittelbaren Organs jedoch auch häufig zur Kennzeichnung der Stellung der Beigeordneten verwandt ^{6) 7)}. Dies beruht auf dem auf GIERKE zurückgehenden Organbegriff, wonach das Organ als physische Person zu verstehen ist.

1) Es ist das besondere Verdienst Otto von Gierke's, diesen Unterschied klar herausgearbeitet zu haben, vgl. z.B. Gierke: Privatrecht 472.

2) Helfritz: Vertretung 31; Eckhardt 8 ff; Wolff VwR I § 35 I e 1.

3) Vgl. Anm. 2.

4) Vgl. dazu Bohley: BayBm 1953, 217/218; Kunze-Schmid § 1 Erl. IV 2 c; s.a. Peters 109.

5) Berkenhoff 125; Diekamp 29, 86; VfGHNW, Urt. v. 21.8.1954 OVG 9, 78.

6) Vgl. z.B. Berkenhoff 153; Rauball § 7 Erl. 7.

7) S. zur Stellung der Beigeordneten unten S. 53 ff.

Im Gegensatz zu der unter dem Namen des Organs auftretenden Person (z.B. der Person des Gemeindedirektors) werden dann die Vertreter dieser Person (z.B. die Beigeordneten) als mittelbare Organe bezeichnet.

Die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Organen dient aber auch der Einordnung der Stellung eines Organs zu derjenigen Organisation, deren Angelegenheiten sie wahrnimmt. Unmittelbare Organe sind danach solche, deren Wille und Handeln ohne Vermittlung einer anderen juristischen Person der Organisation zugerechnet werden ¹⁾. Als mittelbare Organe werden dagegen die Organe einer juristischen Person bezeichnet, soweit sie Eigenzuständigkeiten einer anderen, übergeordneten juristischen Person wahrnehmen, (z.B. sind die Gemeindeorgane mittelbare Staatsorgane, soweit sie im sog. übertragenen Wirkungskreis Auftragsangelegenheiten des Staates erfüllen) ²⁾. Diese Unterscheidung bezieht sich daher ausschließlich auf das Verhältnis von Organen verschiedener juristischer Personen, nicht aber auf das Verhältnis der Organe einer juristischen Person zueinander.

Diese Vielschichtigkeit des Begriffspaares unmittelbares - mittelbares Organ macht es für die vorliegende Untersuchung nicht geeignet, da es darauf ankommen wird, auch in Grenzfällen eindeutig über das Vorliegen eines Organs zu entscheiden und es nach seiner Stellung im Gemeinderecht einzuordnen. Im Anschluß an WOLFF sollen die Organe daher danach unterschieden werden, ob es sich um Verfassungsorgane oder abgeleitete Organe, unabhängige oder abhängige Organe handelt ³⁾.

(1) Dabei ergibt sich die erste Unterscheidung der Organe aus der Quelle ihrer Bildung:

1) Wolff VwR II § 75 I a 1.

2) Wolff VwR II § 75 I a 2.

3) Wolff VwR II § 75 I b, f.

Ein Verfassungsorgan liegt vor, wenn das Organ durch die Verfassung der jeweiligen Organisation selbst gebildet ist, wenn also seine Zuständigkeitszusammenfassung allein auf der Verfassung der Organisation beruht.

Demgegenüber wird das abgeleitete Organ idR durch formelles Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung gebildet, erhält seine Zuständigkeit also erst durch einen Beschluß eines anderen Organs derselben juristischen Person ¹⁾.

(2) Nach der Weisungsabhängigkeit bei der Wahrnehmung der Zuständigkeit, d.h. nach der sachlichen Abhängigkeit der Organwalter, kann man die zweite Unterscheidung treffen:

Ein unabhängiges Organ ist gegeben, wenn es hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten keinen Weisungen unterliegt, (unbeschadet etwaiger Anordnungen, die den allgemeinen Geschäftsbetrieb oder das dienstliche Verhältnis seiner Amtswalter betreffen).

Das abhängige Organ ist dagegen verpflichtet, amtliche Weisungen hinsichtlich des Inhalts der Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten zu befolgen ²⁾.

V. Die Begriffe Delegation und Mandat

In diesem Zusammenhang sind auch die Begriffe Delegation und Mandat zu erörtern, da sie im Schrifttum zum Gemeindeverfassungsrecht, der Begriff Delegation speziell im nordrhein-westfälischen, vielfach benutzt werden. Ausgangspunkt einer Begriffsbestimmung kann dabei nur das grundlegende Werk von TRIEPEL sein ³⁾, da die von ihm entwickelten Begriffe weitgehend von Rechtsprechung und Rechtslehre übernommen worden sind.

1) Wolff VwR II § 75 I b.

2) Wolff VwR II § 75 I f; vgl. zum Begriff des abhängigen Organs auch Muntzke-Schlempp 748.

3) Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht.

a) Delegation

Eine Delegation ist möglich als ¹⁾

1. überwältigende (devolvierende, befreiende, echte). Sie bedeutet Kompetenzverschiebung ²⁾, d.h. die rechtsatzmäßig festgelegte Organzuständigkeit wird durch das bisher wahrnehmungszuständige Organ, handelnd durch den Organwalter, auf ein anderes oder durch die Delegation neu gebildetes Organ übertragen ³⁾. Dies setzt allerdings voraus, daß die Zuständigkeitsübertragung selbst Inhalt der Zuständigkeit des delegierenden Organs ist ⁴⁾ und die Delegation in der Form eines Rechtssatzes oder aufgrund rechtsatzmäßiger Ermächtigung und in der Form des Rechtsetzungsverfahrens erfolgt ⁵⁾.

Die Delegation ist wegen der Änderung der Organzuständigkeit nämlich eine Änderung der Organisationssatzung. Durch die Übertragung erwirbt das Delegatar-Organ die Organzuständigkeit des delegierenden Organs, das sie verliert. Demgemäß übt der Delegatar-Walter eine eigene Wahrnehmungszuständigkeit aus und handelt im eigenen Namen und als eigene Instanz ⁶⁾. Der Delegatar-Walter wird Organwalter in der gleichen Qualität wie der Walter des delegierenden Organs. Dem steht nicht entgegen, daß der Delegant, also das die Zuständigkeit abgebende Organ, gegenüber dem Delegatar ein Weisungsrecht haben kann ⁷⁾.

-
- 1) Neben den hier unterschiedenen Fällen der Überwältigenden und bewahrenden Delegation lassen sich noch Fälle der gesetzlichen Delegation oder der fiktiv, hypothetischen Delegation unterscheiden.
 - 2) Triepel 23.
 - 3) Triepel 23, Müller: DÖV 1964, 534; Benner 23; Zuhorn-Hoppe 162; Peters 53; Eckhardt 16; s.a. Ringe DVBl 1964, 342.
 - 4) Triepel 23; s.a. Wolff VwR II § 72 IV b 2.
 - 5) Triepel 29; Obermayer 57; Obermayer: JZ 1956, 629, Eckhardt 16.
 - 6) Triepel 26, 28; Wolff VwR II § 72 IV b 2.
 - 7) Zuhorn-Hoppe 162.

2. bewahrende (konservierende, unechte). Bei dieser werden Organzuständigkeiten mit dem Vorbehalt übertragen, daß der Inhaber der regulären Zuständigkeit diese in bestimmten Einzelfällen auch selbst konkurrierend ausüben kann ¹⁾. Statt des Zuständigkeitsverlusts tritt hinsichtlich der Organzuständigkeit ein Ausschließlichkeitsverlust ein. Der bewahrend Delegierende bleibt Subjekt der Organzuständigkeit. Dieselbe Eigenzuständigkeit der juristischen Person steht zwei Organen zur Wahrnehmung zu ²⁾. Es ist jedoch der Sinn der bewahrenden Delegation, daß der Delegierende die Organzuständigkeit nicht ausübt und den Delegatar handeln läßt, solange er nicht die eigene Wahrnehmung für notwendig erachtet und dies nach außen zu erkennen gibt. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Widerruf, da der Delegant auch ohne Widerruf im Besitz der bisherigen Kompetenz ist ³⁾.

3. Diese auf TRIEPEL zurückgehende Delegationslehre wird neuerdings von LAUSCHER ⁴⁾ in Frage gestellt. LAUSCHER ⁵⁾ wendet sich dagegen, daß die TRIEPEL sche Delegationslehre die bei jeder Delegation vorkommende Zuständigkeitsveränderung als " Zuständigkeitsübertragung " bezeichnet.

Unter Hinweis auf die von WOLFF vertretene Zuständigkeitslehre führt er aus, der Zuständigkeit komme als dem rechtlichen Können eines Rechtssubjekts keine eigenständige Existenz zu. Der Begriff der Zuständigkeit sei jenen Rechtsbeziehungen vorbehalten, die zwischen dem Subjekt und dem von diesem wahrzunehmenden Geschäft bestünden. Diese Beziehungen seien Befugnisse und Verbindlichkeiten; sie seien unmittelbar auf das Subjekt bezogen und somit von dem Subjekt untrennbar.

1) Triepel 53; Wolff VwR II § 72 IV b 2; Eckhardt 18; Zuhorn-Hoppe 163.

2) Eckhardt 19; Benner 24.

3) Triepel 54/55; Eckhardt 19.

4) Lauscher, Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Gemeinden und Gemeindeverbände.

5) Lauscher 44 ff.

Demnach könne die Zuständigkeit auch nicht als ein und dieselbe Befugnis oder Verbindlichkeit von dem bisherigen Zuständigkeitsträger auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden. Die Zuständigkeit sei nicht übertragbar ¹⁾.

Möglich sei jedoch, daß die Kompetenz eines Subjekts übertragen wird. Dabei sei unter Kompetenz im Anschluß an WOLFF das zu verstehen, was dem Subjekt zusteht, d.h., der Gegenstand der zustehenden Wahrnehmungs-Verpflichtungen und Berechtigungen, also das wahrzunehmende Geschäft. Die Kompetenz aber lasse sich ohne Untergang ihrer Existenz von dem ihr bisher zugeordneten Zuständigkeitsträger lösen und sich als ein und dieselbe, also identische Kompetenz einem anderen Subjekt zuweisen. Daraus ergebe sich, daß beim Delegationsvorgang nicht eine Zuständigkeits-, wohl aber eine Kompetenzübertragung stattfinde, mit der Folge, daß die Zuständigkeit in der Person des Deleganten untergehe, während an ihrer Stelle eine ihr gleiche, nicht aber mit ihr identische Zuständigkeit in der Person des Delegatars neu entstehe.

LAUSCHER ²⁾ definiert deshalb den Begriff der echten Delegation wie folgt: Delegation ist die auf dem Willen des Deleganten beruhende Aufgabe dessen ordentlicher Zuständigkeit unter gleichzeitiger Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars durch Übertragung der Kompetenz des Deleganten auf den Delegatar; eine Delegation bedarf stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ³⁾.

Die von LAUSCHER erhobenen Bedenken gegen den TRIEPEL schen Delegationsbegriff sind berechtigt. Aus den von ihm dargelegten Gründen ist die Übertragung einer identischen Zuständigkeit von einem Subjekt auf ein anderes begrifflich nicht denkbar. Wenn man gleichwohl bei der Delegation von Zuständig-

1) Vgl. auch Barbey, Rechtsübertragung und Delegation, S. 48 ff, dem Lauscher insoweit folgt.

2) Lauscher 51.

3) Ob die Delegation notwendig auf dem Willen des Deleganten beruhen muß, ist fraglich, vgl. Barbey 86; Wolff VWR II § 72 IV b 2.

keitsübertragung spricht, so muß man im Auge behalten, daß dies dogmatisch unzutreffend ist und damit lediglich die Zuständigkeitsveränderung durch Kompetenzübertragung gemeint sein kann.

b) Das Mandat

Der Delegation, d.h. der Kompetenzverschiebung, steht das Mandat zur Ausübung einer fremden Kompetenz im fremden Namen gegenüber ¹⁾. Ein Mandat liegt vor, wenn nicht die Organzuständigkeit übertragen wird, sondern der verfassungsmäßig berufene Walter eines Organs zeitweise und in einem oder mehreren Einzelfällen ²⁾ oder auch abstrakt ³⁾ ein anderes öffentlich-rechtliches Subjekt mit der organschaftlichen Wahrnehmung der Organzuständigkeit beauftragt ⁴⁾. Dadurch wird die verfassungsmäßige Verteilung der Organzuständigkeiten nicht berührt, da der Mandatar keine neue Kompetenz erhält, der Mandant nichts von seiner Zuständigkeit verliert ⁵⁾. Der Mandatar übt die Organzuständigkeit, die bisher allein der den Amtsauftrag erteilende Walter wahrgenommen hat, im Namen des Organs aus, ohne eigene Instanz zu sein ⁶⁾.

VI. Die Partei-, Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Gemeinde

a) Da nach § 50 ZPO parteifähig ist, wer rechtsfähig ist, besitzen die Gemeinden als juristische Personen in prozessualer Hinsicht die Parteifähigkeit. Sie können daher vor Zivil- und Verwaltungsgerichten im eigenen Namen klagen und verklagt werden.

1) Triepel 23.

2) So VGHHe, Urt. v. 24.11.1950 VwRSpr 4, 565; Forsthoff 420 Anm. 1.

3) Wolff VwR II § 72 IV b 5.

4) Eckhardt 20; Triepel 26; Benner 25; Rasch:DÖV 1957, 339; Obermayer: JZ 1956, 626.

5) Wolff VwR II § 72 IV b 5.

6) Vgl. auch BVwG, Urt. v. 28.9.1961 NJW 1962, 316 = DÖV 1962, 340 mit Anm. von Spanner

b) Ob die Gemeinden geschäfts- und prozeßfähig sind, ist umstritten

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, die Gemeinden seien weder geschäfts- noch prozeßfähig ¹⁾. Dies ergebe sich daraus, daß die Geschäftsfähigkeit und die Verpflichtungsfähigkeit, letztere als Voraussetzung der Prozeßfähigkeit nach §§ 51, 52 ZPO, Eigenschaften nur der physischen Personen seien. Eine andere Meinung erkennt zwar die Geschäftsfähigkeit der Gemeinden an, also die Fähigkeit durch Rechtsgeschäfte Rechtswirkungen hervorzurufen, leugnet jedoch deren Prozeßfähigkeit ²⁾. Prozeßfähigkeit sei die Fähigkeit, einen Prozeß als Partei selbst zu führen oder durch einen selbst bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen; die Gemeinden könnten aber wie alle juristischen Personen nur durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln.

Die Auffassungen, die den Gemeinden die Geschäfts- und (bzw.) die Prozeßfähigkeit absprechen, beruhen auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Organschaft und gesetzlicher Vertretung ³⁾. Da das Verhalten der Organwalter der für die Außenvertretung der Gemeinden zuständigen Organe rechtlich als Verhalten der Gemeinden gilt, ihnen werden die von den Organwaltern gesetzten Tatbestandshandlungen ja als eigene zugerechnet, sind die Gemeinden aber sowohl geschäfts- als auch prozeßfähig ⁴⁾.

1) Rosenberg: § 43 II 1; Blomeyer § 8 II 4; Thomas-Putzo § 52 Erl. 1; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.6.1962 BGHZ 38, 75.

2) Pagenkopf 73; Muntzke-Schlemp 227/228; Göbel § 1 Erl. 9.

3) S. dazu oben S. 13/14.

4) Helmreich-Widtmann Art. 1 Erl. 2 e; Bohley: BayBm 1953, 217/218; Brell 1/2; Peters 293 Anm. 4; Berroth 20; Kunze-Schmid § 1 Erl. IV 2 b, c; Lent-Jauernig § 20 II; Staudinger-Coing Einl. v. § 21 ff Anm. 21; Hild 25.

§ 3 Der Begriff der privatrechtsgeschäftlichen Außenvertretung

I. Der allgemeine Vertretungstatbestand

Die Gemeinden sind als rechtsfähige Zurechnungssubjekte nur durch natürliche Personen, die Organwalter, wirk- (handlungs-) fähig. Diese rechtstechnische, organisatorische Verknüpfung des handelnden und erklärenden Menschen mit der Gemeinde als juristische Person ist Vertretung im allgemeinsten Sinne dieses Begriffs, nämlich das Sichverhalten eines Rechtssubjekts mit Wirkung für ein anderes Rechtssubjekt ¹⁾. Wenn zum Teil die Meinung vertreten wird, mit Rücksicht auf den Wesensunterschied zwischen " Organschaft" und " Stellvertretung " dürfe die Organschaft überhaupt nicht unter den Begriff der " Vertretung " gebracht werden, so beruht dies auf einer ungerechtfertigten Gleichstellung der Begriffe " Vertretung " und " Stellvertretung ". Der Begriff der " Vertretung " steht deswegen nicht im Gegensatz zu dem der "Organschaft", weil " Organschaft " ein Unterbegriff der " Vertretung " ist ²⁾.

Der Umfang der Vertretung in diesem weitesten Sinne deckt sich bei der Gemeinde mit dem Gesamtverhalten aller Organwalter, wenn diese die den Gemeindeorganen zugewiesenen Kompetenzen rechtens unter dem Namen der Organe versehen. Das Verhalten der Organwalter wird nämlich den Organen und endgültig der Gemeinde rechtstechnisch zugerechnet, so daß mit jedem Tätigwerden der Gemeinde durch die Organwalter der Vertretungstatbestand erfüllt wird ³⁾.

1) Schlempp 9; Muntzke-Schlempp 746; Diekamp 1; Hölzl: BayBm 1950, 6; Eckhardt 3.

2) Vgl. Wolff: Vertretung 96. Unter den Oberbegriff der Vertretung fallen nach Wolff aaO die Stellvertretung, die Organschaft, die Repräsentation und die Ersetzung. Vgl. auch Schlempp 16 Anm. 61; Berkenhoff 124.

3) A.A. wohl Lünenbürger 13, der das Handeln im innergemeindlichen Bereich nicht als Vertretung im allgemeinen Sinne ansieht.

II. Die Außenvertretung

Der Begriff der Außenvertretung ¹⁾ ist gegenüber diesem allgemeinen Vertretungsbegriff enger, er meint einen Ausschnitt aus dem Tatbestand der Vertretung. Nur das Handeln, Sich-Verhalten der natürlichen Personen für die Gemeinde Dritten gegenüber, die außerhalb der gemeindlichen Organisation stehen, ist Außenvertretung ²⁾. Handlungen innerhalb der Organisation, unter Benutzung nur der kommunalverfassungsrechtlichen, organisatorischen Normen stellen sich nicht als Außenvertretungsakte dar. Jedes Organwalterverhalten erfüllt somit zwar den Tatbestand der Vertretung, der Tatbestand der Außenvertretung ist jedoch erst gegeben, wenn das Organwalterverhalten nicht nur der Selbstverwirklichung der Gemeinde dient, sondern auch der Anknüpfung von tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zur Umwelt. Außenvertretung liegt daher vor, wenn sich die Gemeinde der alle Rechtssubjekte in ihrem Miteinander und Gegeneinander angehenden privat - wie öffentlich - rechtlichen Rechtsnormen bedient ³⁾.

Daraus ergibt sich, daß unter den Begriff der Außenvertretung der Gemeinde z.B. nicht die Entscheidung der zuständigen Gemeindeorgane darüber fällt, ob und wie eine Handlung Dritten gegenüber vorgenommen werden soll. Was dem Außenvertretungsakt selbständig vorausgeht, also die Planung, Willensbildung und Beschlußfassung, gehört nicht zur Außenvertretung.

-
- 1) Lünenbürger 15 Anm. 45 faßt die Terminologie "Vertretung nach außen" als Tautologie auf. Diese Ansicht beruht jedoch darauf, daß er fälschlich das Organwalterhandeln nicht als Vertretung ansieht, vgl. S. 22 Anm. 3; s.a. Diekamp 9 Anm.1.
 - 2) Wolff: Vertretung 173; Besorgung der Geschäfte im Verkehr mit Dritten diesen gegenüber; Fechtrup 7; Helfritz: Vertretung 113; ders: Gutachten 13; Eckhardt 3; vgl. auch Kunze-Schmid § 42 Erl. I 4; Bückmann 48. Bückmann aaO verengt die Begriffsbestimmung der Organschaft insofern, als er die Internfunktion und die Organfunktion der Organe unterscheidet. Organschaft sei nur das Einwirken auf außerhalb der juristischen Person stehende Dritte, aaO 36; s. dazu Wolff VwR II § 74 I f 7.
 - 3) Eckhardt 3.

III. Die Außenvertretung im engeren Sinne

a) Wenn Außenvertretung das Handeln, Sich-Verhalten der natürlichen Personen für die Gemeinde in der Beziehung zur Umwelt ist, so sind Außenvertretungsakte nach dieser weitesten Begriffsbestimmung nicht nur im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretung denkbar, sondern lassen sich auch in anderen Bereichen des gemeindlichen Handelns gegenüber Dritten erkennen ¹⁾. Außenvertretung kann daher auch bei den verschiedensten außerhalb des Rechtsbereichs liegenden rein tatsächlichen Verhältnissen vorliegen, etwa bei der Abgabe rechtlich unerheblicher Erklärungen ²⁾.

b) Üblicherweise wird jedoch der Begriff der " Vertretung der Gemeinde nach außen " in einem engeren Sinne gebraucht. Und zwar versteht man unter Außenvertretung nur die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gemeinde gegenüber anderen Personen des privaten wie des öffentlichen Rechts und die prozessuale Vertretung der Gemeinde ³⁾.

1. Als Handlungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, bei denen eine Vertretung der Gemeinde nach außen denkbar ist, kommt in Betracht einmal der Erlaß von Verwaltungsakten und zum anderen der Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge.

1) Vgl. Elleringmann: Außenvertretung 78, der bei den Außenvertretungsakten unterscheidet: 1. die Repräsentation, 2. die Außenvertretung bei tatsächlichen Akten, 3. die allgemeine (rechtsgeschäftliche und prozessuale) Außenvertretung, 4. die Vertretung bei der Publikation von Allgemeinakten, 5. die Vertretung gegenüber wirtschaftlichen Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung; s.a. Elleringmann: revDGO 40 - 44.

2) Schlempp 9; s.a. Diekamp 9 ff.

3) Schlempp 9; Lünenbürger 16; Berroth 61; s.a. Wolff VwR II § 87 III.

2. Bei den rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Privatrechts handelt es sich stets um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen oder um Rechtshandlungen, die nach positivem Recht den Willenserklärungen gleichgestellt sind. Privatrechtsgeschäftliche Vertretungshandlungen finden sich daher bei den Willenserklärungen (z.B. Vertragsangebot) und bei den geschäftsähnlichen Handlungen (z.B. Mahnung, Fristsetzung, Annahmeverweigerung) ¹⁾.

Die Außenvertretung der Gemeinden bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen erstreckt sich stets sowohl auf die Abgabe als auch auf den Empfang der Erklärungen (aktive und passive Vertretung) ²⁾.

3. Unter den Begriff der Außenvertretung im engeren Sinne fällt auch die prozessuale Vertretung der Gemeinden bei allen Rechtsstreitigkeiten im Bereiche des privaten wie des öffentlichen Rechts, an denen die Gemeinde beteiligt ist ³⁾.

IV. Die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung

Die vorliegende Untersuchung betrifft aus dem Bereich der Außenvertretung im engeren Sinne wiederum nur einen Ausschnitt, nämlich die Außenvertretung bei der Abgabe privatrechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. Es wird also nur das Verhalten der Gemeinden betrachtet, wenn sie sich zur Gestaltung ihrer privaten Rechts- bzw. Lebensverhältnisse und zur Anknüpfung von rechtlichen Verbindungen zu anderen Rechtssubjekten des Rechtsgeschäfts, dessen Kern die Willenserklärung ist, bedienen.

1) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey II, § 207 II 3. Realakte können nicht Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Vertretung sein, Enneccerus-Nipperdey II, § 207 III 2; s.a. Lünenbürger 16.

2) Elleringmann: revDGO 59 ff.

3) Elleringmann: revDGO 59.

§ 4 Die innere Gemeindeverfassung

Um für die spätere Darstellung der mit der Außenvertretung zusammenhängenden Fragen eine feste Ausgangsposition zu gewinnen und sie verständlich zu machen, ist es angebracht, zuvor einen Überblick über das innere Gemeindeverfassungsrecht zu geben. Dabei soll, ausgehend von den der Gemeinde obliegenden Aufgaben, zunächst das Verhältnis von Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung erörtert, sodann sollen die verschiedenen deutschen Gemeindeverfassungen systematisch geordnet werden.

I. Die Zuständigkeiten von Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung

Auf den Gemeinden als den untersten Gliedern unseres dezentralisierten Staates liegt heute das Schwergewicht konkreter öffentlicher Verwaltung. Die Gemeinden müssen nicht nur Gesetze ausführen und Anträge richtig und zweckmäßig bearbeiten und entscheiden, sondern auch die Bedürfnisse des öffentlichen Lebens nach Möglichkeit zu befriedigen suchen. Zur Erfüllung eines großen Teils dieser Aufgaben bedienen sie sich der Mittel und Formen des Privatrechts.

a) Die Gemeindevertretung

Tragende Grundlage jeder kommunalen Verwaltung ist seit der mit der Steinschen Städteordnung von 1808 angebahnten Entwicklung die intensive Mitwirkung der Bürgerschaft an den Geschicken der Gemeinde. Der Vorspruch zur Städteordnung von 1808 führte u.a. aus:

" ... das dringend sich äußernde Bedürfnis einer wirk-
samen Theilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung des
Gemeinwesens, überzeugen Uns von der Nothwendigkeit, den
Städten eine selbständigere und bessere Verfassung zu
geben, ... " 1)

1) Abgedruckt bei Pagenkopf 34.

Heute wird die Beteiligung der Bürgerschaft an der Verwaltung ihrer Gemeinde durch eine von den Bürgern ¹⁾ für eine bestimmte Amtszeit gewählte Gemeindevertretung ²⁾ bzw. durch die Gesamtheit der wahlberechtigten Bürger, also durch die Gemeindeversammlung gewährleistet. Dies ist in Art. 28 I 2, 3 GG verfassungsmäßig festgelegt.

Ob allerdings Art. 28 GG auch einen spezifizierten Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten der Gemeindevertretung enthält, der die Gesetzgeber der Länder verpflichtet, der Gemeindevertretung in der Organisation der Gemeinde die Stellung eines obersten Organs einzuräumen, ist streitig ³⁾.

Im positiven Gemeinderecht gibt es diese Streitfrage nicht. Vielmehr räumen alle geltenden Gemeindeverfassungen der Gemeindevertretung die Stellung eines obersten bzw. (Haupt-)Organs ein ⁴⁾. Ihr obliegt es insbesondere, die allgemeinen, grundsätzlichen Entscheidungen zu treffen ⁵⁾ und die Richtlinien aufzustellen, nach denen die Verwaltung geführt werden soll ⁶⁾.

-
- 1) Bürger einer Gemeinde ist jeder zu den Gemeindewahlen aktiv wahlberechtigte Einwohner. Einwohner ist, wer im Gemeindegebiet seinen Wohnsitz hat, vgl. Pagenkopf 77, 80; Fröhner-Bran 76; s.a. z.B. § 12 bwGemO; Art. 15 bayGemO; § 8 heGemO.
 - 2) Die Bezeichnung "Gemeindevertretung" findet sich in der GemO von He und SchlH und im SVG von RhPf. Die Gemeindeverfassung von BW, Bay und vom SaarL bezeichnet die Vertretung der Bürger als "Gemeinderat". Die Gemeindeordnung von Nds und NW spricht vom "Rat", die von BrhV von der "Stadtverordnetenversammlung". In der Untersuchung wird einheitlich die Bezeichnung "Gemeindevertretung" gebraucht.
 - 3) Die Frage wird bejaht von Mangoldt 180; Gönnerwein 276; vgl. auch Wolff VwR II § 86 VII e 1: der Gemeindevertretung muß an der Gemeindeverwaltung ein dem Herkommen entsprechender angemessener Zuständigkeitsbereich zugewiesen sein; a.A. Mangoldt-Klein I 703; Köttgen: HBKWP I, 196; s.a. Anschütz S. 138 zu Art. 27 II 1 WRV.
 - 4) Vgl. z.B. § 9 I heGemO; § 24 I bwGemO; s.a. Gönnerwein 276; Loschelder: Einführung 30.
 - 5) So ausdrücklich § 24 I brhV StVerf.; § 27 I schlhGemO.
 - 6) § 24 I bwGemO; § 51 Ziff. 1 heGemO; § 40 I Ziff. 1 ndsGemO; § 28 I Ziff. a nwGemO.

b) Die Verwaltungsleitung

1. Die Fülle der alltäglich entstehenden, oft komplizierten Verwaltungsgeschäfte einer Gemeinde oder gar einer (Groß-) Stadt kann die Gemeindevertretung nicht allein bewältigen, zumal wenn sie nicht aus mit entsprechender Sachkenntnis versehenen Verwaltungsfachleuten besteht. Die Gemeindevertretung befaßt sich daher tatsächlich auch nur noch mit den "wichtigsten" Verwaltungsangelegenheiten, während die Erledigung der täglich anfallenden Geschäftsvorfälle dem oft umfangreichen hauptamtlichen Verwaltungsapparat überlassen bleibt. Im allgemeinen übernimmt eine besondere, gegenüber der Gemeindevertretung "irgendwie" verselbständigte Verwaltungsleitung, der die Gemeindeverwaltung mit ihren Beamten, Angestellten und Arbeitern untersteht, die Führung der Verwaltungsgeschäfte. In Gebundenheit an das Gesetz und die Richtlinien und grundsätzlichen Entscheidungen der Gemeindevertretung trifft die Verwaltungsleitung die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen. Sie nimmt auch durch eigene Entscheidungen an der Willensbildung der Gemeinde teil ¹⁾ und führt die eigenen und die von der Gemeindevertretung gefaßten Beschlüsse aus.

Der Verwaltungsleitung obliegt idR auch die konkrete Außenvertretung, da Großkollegien wie die Gemeindevertretungen sich zwar für die Willensbildung, nicht aber für die Ausführung und Außenvertretung eignen. Selbst kleine und mittelgroße Kollegien können nur erschwert gemeinschaftlich handelnd auftreten ²⁾.

2. Für die Zusammensetzung der Verwaltungsleitung stehen zwei Möglichkeiten zur Wahl. Die Verwaltungsleitung kann entweder kollegial oder monokratisch gestaltet sein.

1) Zur Willensbildung ist die Verwaltungsleitung berufen vor allem bei "(einfachen) Geschäften der laufenden Verwaltung", vgl. z.B. § 44 II bwGemO; § 28 III nwGemO; § 47 I Ziff. 1 rhpfSVG.

2) Elleringmann: pr Spark 12: ein Kollegium als Organ der Ausführung und Außenvertretung ist Theorie und Fiktion, nicht Praxis und Wirklichkeit.

Beide Formen, die ihre Vorbilder in der deutschen Rechtsentwicklung haben ¹⁾, finden sich im heutigen Gemeindeverfassungsrecht. Eine Gemeindeverfassung mit monokratischer Verwaltung ist verwirklicht in Baden-Württemberg ²⁾, in Bayern ³⁾, in den kleinen Gemeinden Hessens ⁴⁾, in Niedersachsen ⁵⁾, in Nordrhein-Westfalen ⁶⁾, in Rheinland-Pfalz ⁷⁾, im Saarland ⁸⁾ und in den Landgemeinden in Schleswig-Holstein ⁹⁾. Nach all diesen Verfassungen steht der (erste) Bürgermeister, in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen der Gemeindedirektor an der Spitze der Verwaltung. Kollegial ist dagegen die Verwaltungsleitung in Bremerhaven ¹⁰⁾, in den hessischen Gemeinden über 1500 Einwohnern ¹¹⁾ und in den Städten in Schleswig-Holstein ¹²⁾ ausgestaltet. Der Magistrat ist hier als Kollegialorgan zur Leitung der Verwaltung berufen. Der Vorsitzende des Magistrats nimmt jedoch insbesondere bei der Außenvertretung eine Sonderstellung ein.

1) Vgl. die Begriffe "Magistratsverfassung" und "Bürgermeisterverfassung" mit dem kollegialen Gemeindevorstand bzw. dem monokratischen Gemeindevorsteher.

2) §§ 42, 44 bwGemO.

3) Art. 37, 46 bayGemO.

4) Die he Gemeinden bis zu 1500 Ew können eine monokratische Verwaltungsleitung haben, vgl. §§ 9 II, 79 heGemO.

5) §§ 62, 63 ndsGemO.

6) §§ 47, 53 nwGemO.

7) § 47 rhpfSVG.

8) §§ 54, 66, 71 saarlKSVG.

9) §§ 7 II, 49, 56 schlhGemO.

10) §§ 45, 48 brhvStVerf.

11) §§ 9 II, 65, 66 heGemO.

12) §§ 7 II, 60 schlhGemO.

c) Die Zuständigkeitsverteilung

Die umseitig aufgezeigte Verteilung der Verwaltungsaufgaben einer Gemeinde auf Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung versucht man oft durch die Begriffspaare " Legislative - Exekutive ", " Beschlußfassung - Verwaltung " und " Willensbildung - Willensausführung " zu veranschaulichen ¹⁾. Diese Begriffe können jedoch zur Kennzeichnung der Zuständigkeitsverteilung nicht herangezogen werden ²⁾. Die Gegenüberstellung von Legislative und Exekutive ist verfehlt, da das Gemeindeverfassungsrecht nicht nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu ordnen ist ³⁾. Die Gemeindevertretung ist keineswegs auf die Akte der Rechtsetzung beschränkt, sondern sie trifft auch und sogar in weitem Umfange Entscheidungen der Verwaltung ⁴⁾. Auch mit dem Begriffspaar " Beschlußfassung - Verwaltung " gelingt die Unterscheidung nicht, da hier " ein verfahrensmäßiges Moment und ein sachlicher Inhalt gekoppelt werden " ⁵⁾. Das Begriffspaar " Willensbildung - Willensausführung " ist ungeeignet, weil es nicht berücksichtigt, daß auch die Verwaltungsleitung zumindest im Bereich der (einfachen) Geschäfte der laufenden Verwaltung zahlreiche Entscheidungen zu treffen hat. Außerdem kann auch der Willensausführung eine Willensbildung immanent sein ⁶⁾.

1) Vgl. Gotthardt: SKV 1959, 170; Willensbildung - Willensausführung; ebenso Diekamp 16; s. dazu die Kritik von Bockelmann: StTG 1952, 131. Odenbreit-Hensel 386 unterscheiden für NW zwischen Administrative und Exekutive.

2) Wolff VwR II § 87 II a.

3) OVG Münster, Urt. v. 20.3.1957 OVGE 12, 188; s.a. Jansen: DÖV 1954, 328; Gönnerwein 310; ders. AöR 81, 231; a.A. Hoffmann: DÖV 1954, 326; Mangoldt-Klein I, 703.

4) Loschelder: Einführung 30, Bückmann 62.

5) Loschelder: Einführung 30.

6) Loschelder: Einführung 30.

Möglich ist die Kennzeichnung der Zuständigkeitsverteilung jedoch in der Weise, daß man im Bereich der Gesamtfunktion Verwaltung die zwei Teilfunktionen " maßgebende (rechtsetzende, planende, grundsatzentscheidende und kontrollierende) Waltung und Lenkung und durchführende Verwaltung"unterscheidet ¹⁾. Der Gemeindevertretung ist demnach die maßgebende Waltung und Lenkung, der Verwaltungsleitung die durchführende Verwaltung zugeordnet.

II. Die organisatorische Verknüpfung von Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung

Eine möglichst gute und harmonische Zusammenarbeit zwischen Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung ist die Grundvoraussetzung für eine funktionsgerechte Wahrnehmung der gemeindlichen Verwaltungsaufgaben. Zur Erreichung dieses Ziels sehen die geltenden Gemeindeverfassungen verschiedene organisatorische Verknüpfungsformen vor.

a) In Baden-Württemberg, Bayern, in Rheinland-Pfalz, in den ehrenamtlich verwalteten Gemeinden des Saarlandes und in dem ehrenamtlich verwalteten Landgemeinden in Schleswig-Holstein ist der Bürgermeister als Leiter der Verwaltung zugleich auch Vorsitzender der Gemeindevertretung, und zwar mit vollem Stimmrecht ²⁾.

b) Auch in den hessischen Gemeinden mit Bürgermeisterverfassung und in den hauptamtlich verwalteten saarländischen Gemeinden ist der Bürgermeister zugleich Vorsitzender der Gemeindevertretung und Leiter der Verwaltung, doch hat er hier kein Stimmrecht ³⁾.

1) Vgl. Wolff VwR II § 87 II b; Eckhardt 4 spricht von " Vertretung und Vorstehen"; Berkenhoff 137 von " Gedanke und Tat ".

2) §§ 42 I, 37 VI 4 bwGemO; Art. 31, 36 bayGemO; § 37 I rhpfSVG; §§ 52 I, 40 I saarlKSVG, §§ 33 I, 55 I schlhGemO.

3) §§ 78 I, 79 II, 9 II heGemO; §§ 40 I, 70 saarlKSVG.

c) In Hessen für Gemeinden mit Magistratsverfassung, in Niedersachsen, in Nordrhein-Westfalen, in den hauptamtlich verwalteten Landgemeinden und in den Städten in Schleswig-Holstein sowie in Bremerhaven besteht zwischen Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung eine Verknüpfung durch Übertragung des Vorsitzes an den Verwaltungsleiter nicht. Vielmehr wählt hier die Gemeindevertretung aus ihrer Mitte einen besonderen Vorsitzenden, den sog. Gemeindepräsidenten ¹⁾. Die organisatorische Verbindung von Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung wird dadurch hergestellt, daß der Verwaltungsleiter mit beratender Stimme an den Sitzungen der Gemeindevertretung teilnimmt ²⁾.

III. Die Typen der Gemeindeverfassungen

Nach dem Schwergewicht der Verteilung von Zuständigkeiten auf Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung werden herkömmlich folgende Gemeindeverfassungstypen unterschieden:

a) Die Ratsverfassung

Die Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen läßt sich als Ratsverfassung, sog. norddeutsche Ratsverfassung einordnen ³⁾. Dieser Verfassungstyp ist dadurch gekennzeichnet, daß der Gemeindevertretung die Gesamtfunktion " Verwaltung " zusteht ⁴⁾. Die Gemeindevertretung ist für alle Angelegenheiten der Verwaltung zuständig, gleichgültig, ob es sich um Aufgaben der maßgebenden Verwaltung und Lenkung oder um solche der durchführenden Verwaltung handelt.

1) Der Gemeindepräsident führt in Brhv und in den Städten in He die Bezeichnung "Stadtverordnetenvorsteher", in Nds und in NW "Bürgermeister", in SchlH "Bürgervorsteher" bzw. "Stadtpräsident".

2) §§ 59, 65 II, 9 II heGemO; § 64 I ndsGemO; § 48 I nwGemO; §§ 36, 51 V, 64 V schlhGemO; §§ 26, 47 II brhvStVerf.

3) Vgl. Pagenkopf 103; Gönnerwein 313; Fröhner-Bran 229, 363; Wolff VwR II § 87 IV f.

4) §§ 7, 27 I, II 1, 28 I 1 nwGemO; s. dazu die Kritik von Althaus: Recht 50.

Diese "Allzuständigkeit" der Gemeindevertretung ist jedoch ein in der Praxis nicht zu verwirklichendes Ideal ¹⁾. Deshalb sieht die Gemeindeordnung neben der Gemeindevertretung einen Gemeindedirektor als besonderen Verwaltungsleiter vor. Diesem sind gemäß §§ 28 III und 55 S. 2 nwGemO die einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung und die Vertretung der Gemeinde in Rechts- und Verwaltungsgeschäften übertragen, und zwar dadurch, daß der Gesetzgeber einen Übertragungsbeschluß der Gemeindevertretung fingiert ²⁾. Der Gesetzgeber weist dem Gemeindedirektor diese Zuständigkeiten also nicht von sich aus zu, sondern lediglich für und an Stelle der Gemeindevertretung. Durch den fingierten Beschluß wird die rechtssatzmäßige festgelegte Organzuständigkeit der Gemeindevertretung im Bereich der Geschäfte der laufenden Verwaltung und der Vertretung der Gemeinde auf den Gemeindedirektor delegiert. Er erwirbt insoweit aufgrund der Delegation ³⁾ die Organzuständigkeit der Gemeindevertretung. Da der Übertragungsbeschluß aber nicht vom delegierenden Organ ausgesprochen, sondern vom Gesetzgeber fingiert wird, spricht man hier von gesetzlich fingierter Delegation ⁴⁾. Und zwar handelt es sich um eine konservierende Delegation, da die Übertragung nur unter dem Vorbehalt erfolgt, daß die Gemeindevertretung im Einzelfall die auf den Gemeindedirektor übertragenen Organzuständigkeiten auch selbst konkurrierend ausüben kann ⁵⁾. Durch die gesetzlich fingierte bewahrende Delegation werden für den Gemeindedirektor neben der Gemeindevertretung im Bereich der laufenden Verwaltungsgeschäfte und der Außenvertretung echte Organfunktionen

1) Kottenberg § 7 Erl..

2) Vgl. §§ 28 III, 55 S. 2 nwGemO; die Geschäfte bzw. die Vertretung gelten als im Namen des Rats übertragen.

3) Vgl. zu diesem Begriff oben S. 17 f.

4) Zuhorn-Hoppe 285; Eckhardt 73; Benner 48; Wolff VwR II § 72 IV b 2; Kottenberg §§ 28 Erl. IV, 55 Erl. I; Berkenhoff 140, 142; Bückmann 56/57 spricht fälschlich von einem gesetzlich fingierten Mandat, s. dazu Eckhardt 73; Benner 49.

5) Vgl. zum Begriff der bewahrenden Delegation oben S. 18. s.a. Wolff VwR II § 72 IV b 2.

begründet. Der Gemeindedirektor handelt als Delegatar im eigenen Namen und in eigener Zuständigkeit ¹⁾. Er hat neben der Gemeindevertretung die Stellung eines Gemeindeorgans ²⁾. Da die Zuständigkeiten des Gemeindedirektors jedoch nicht auf der Gemeindeordnung, sondern auf dem gesetzlich fingierten Beschluß der Gemeindevertretung beruhen, ist der Gemeindedirektor im Gegensatz zum "Verfassungsorgan" Gemeindevertretung ein "abgeleitetes" Organ. Des weiteren nimmt der Gemeindedirektor nur die Stellung eines "abhängigen" Organs ein, weil er bei der Wahrnehmung der ihm delegierten Zuständigkeiten den Weisungen der Gemeindevertretung unterworfen ist ³⁾. Dies folgt aus dem Recht der Gemeindevertretung, im Einzelfall die bewahrend delegierte Organzuständigkeit selbst auszuüben. Wenn die Gemeindevertretung diese Zuständigkeit nämlich selbst ausüben kann, so muß sie dem Gemeindedirektor auch bezüglich der übertragenen Aufgaben Weisungen erteilen können ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Bescheid des nWMdI v. 26.4.1963 Wochendienst GTWL 1963, Nr. 105; OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960 DVBl 1960, 818.
 - 2) So Benner 48, 71; Zuhorn-Hoppe 269; Eckhardt 55: dem nw Rat ist der Gemeindedirektor als ausführendes behördliches Organ beigeordnet; VfGHNW, Urt. v. 21.8.1954 OVG 9, 78: der Gemeindedirektor hat neben dem Rat echte gesetzliche Organfunktionen, er ist mittelbares Gemeindeorgan; Salzwedel: Kommunalrecht 260: der Gemeindedirektor ist nachgeordnetes Gemeindeorgan; Bückmann 38: der Gemeindedirektor ist notwendiges Organ der Gemeinde; s.a. Becker: DVBl 1956, 7; Sommer StTg 1957, 6; Kottenberg § 7 Erl.; Berroth 82; Diekamp 29, 86; Loschelder: Einführung 31/32; Wolff VwR II § 74 I f 6; s.a. Pagenkopf 105: quasi-Organ; Köttgen: HBKWP I, 196: administratives Hilfsorgan; Köckritz: KD 1954, 109: keine eigene Organfunktion; Berkenhoff 142/143: Delegation verleiht dem Gemeindedirektor keine organschaftlichen Rechte.
 - 3) Vgl. zu den Begriffen oben S. 16.
s.a. Benner 48, 21/22, Berroth 25.
 - 4) Schluß a maiore ad minus; vgl. Kottenberg § 47 Erl. I.

b) Die süddeutsche Ratsverfassung

Die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg und Bayern lassen sich als "süddeutsche (Gemeinde-) Ratsverfassungen" charakterisieren ¹⁾. Dieser Verfassungstyp ist dadurch bestimmt, daß zwei Verwaltungsorgane bestehen, nämlich die Gemeindevertretung und der Bürgermeister ²⁾. Die Gemeindevertretung ist das Hauptorgan der gemeindlichen Verwaltung. Ihr steht grundsätzlich die Gesamtfunktion Verwaltung zu, soweit nicht der Bürgermeister innerhalb der Verwaltung eigene Zuständigkeiten hat ³⁾, insbesondere bei der Erledigung der (einfachen) Geschäfte der laufenden Verwaltung ⁴⁾ und bei der Vertretung der Gemeinde nach außen ⁵⁾. Bei der süddeutschen (Gemeinde-) Ratsverfassung ist der Bürgermeister als monokratischer Verwaltungsleiter der geborene Vorsitzende der Gemeindevertretung, der unmittelbar von der Bürgerschaft gewählt wird ⁶⁾.

c) Die echte bzw. unechte Bürgermeisterverfassung

In Rheinland-Pfalz, im Saarland, in den Landgemeinden in Schleswig-Holstein und in den hessischen Gemeinden unter 1500 Einwohnern ⁷⁾ entsprechen die geltenden Gemeindeverfassungen der sog. "Bürgermeisterverfassung" ⁸⁾, bei der der Gemeindevertretung die maßgebende Waltung und Lenkung und dem Bürgermeister die durchführende Verwaltung zugewiesen ist ⁹⁾.

1) Pagenkopf 93, 96; Gönnenwein 318; Fröhner-Bran 228, 233, 269; Wolff VwR II § 87 IV a, b.

2) Vgl. § 23 I bwGemO, Art. 29 bayGemO.

3) § 24 I bwGemO; Art. 29 bayGemO; s.a. Kunze-Schmid § 23 Erl. I 3, 4; Masson Art. 29 Erl. 5; Helmreich-Widtmann Art. 29 Erl. 3, 4.

4) § 44 II bwGemO; Art. 37 I Ziff. 1 bay GemO.

5) § 42 I bwGemO; Art. 38 I bayGemO.

6) §§ 42 I, 45 I bwGemO; Art. 36, 17 bayGemO.

7) § 9 II heGemO.

8) Pagenkopf 100, 105, 107, 111; Gönnenwein 323; Fröhner-Bran 228; Wolff VwR II § 87 IV.

9) Vgl. Gotthardt: SKV 1959, 171.

Danach obliegt es also der Gemeindevertretung, über alle (wichtigen) Angelegenheiten der Gemeinde zu beschließen, während der Bürgermeister monokratischer Verwaltungsleiter ist und die Gemeinde in dieser Funktion nach außen vertritt. IdR entscheidet der Bürgermeister auch die Geschäfte der laufenden Verwaltung in eigener Zuständigkeit ¹⁾.

1. In Rheinland-Pfalz, in den ehrenamtlich verwalteten Gemeinden des Saarlandes und in den ehrenamtlich verwalteten Landgemeinden in Schleswig-Holstein ist der Bürgermeister nicht nur verwaltungsleitendes Organ, sondern zugleich auch Vorsitzender der Gemeindevertretung (bzw. Gemeindepräsident) mit vollem Stimmrecht ²⁾. Dieser Gemeindeverfassungstyp wird herkömmlich als "echte Bürgermeisterverfassung" bezeichnet.

2. In den hauptamtlich verwalteten Gemeinden des Saarlandes und in den hessischen Gemeinden unter 1500 Einwohnern ist der Bürgermeister zwar auch zugleich Vorsitzender der Gemeindevertretung, jedoch hat er kein Stimmrecht ³⁾. In den hauptamtlich verwalteten Landgemeinden in Schleswig-Holstein darf der Bürgermeister der Gemeindevertretung nicht angehören ⁴⁾. Diese Gemeindeverfassungen werden im Gegensatz zu den echten als "unechte Bürgermeisterverfassungen" bezeichnet ⁵⁾.

1) §§ 9 I 2, 79 I 1 heGemO; § 47 I rhpfSVG; §§ 54 III, 71 saarlKSVG. Die schlhGemO kennt eine grds. und allgem. Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Erledigung der Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht, vgl. Galette-Laux § 27 Erl. 1 c.

2) § 37 I rhpfSVG; §§ 52 I, 40 I saarlKSVG; §§ 55 I, 33 I schlhGemO.

3) §§ 9 II, 78 I, 79 II heGemO; §§ 40 I, 70 saarlKSVG.

4) § 51 V schlhGemO.

5) Vgl. auch Gotthardt: SKV 1959, 171.

d) Die unechte Magistratsverfassung

Als "unechte" Magistratsverfassung kann man die Gemeindeverfassungen von Bremerhaven, von Hessen (für Gemeinden über 1500 Einwohner)¹⁾ und von Schleswig-Holstein (nur für die Städte)²⁾ bezeichnen³⁾. Bei diesem Verfassungstyp ist der Gemeindevertretung der Magistrat als kollegiale Verwaltungsleitung gegenübergestellt⁴⁾. Von der echten Magistratsverfassung unterscheidet sich die sog. "unechte" Verfassungsform dadurch, daß ein Gemeindebeschluß nicht durch übereinstimmende Beschlüsse beider Kollegien zustande kommt, sondern daß die grundlegenden Entscheidungen ausschließlich von der Gemeindevertretung getroffen werden⁵⁾. Die Gemeindevertretung ist mit der Wahrnehmung der maßgebenden Verwaltung und Lenkung betraut, während dem Magistrat die durchführende Verwaltung obliegt⁶⁾. Der Magistrat hat insbesondere die Beschlüsse der Gemeindevertretung auszuführen und die Gemeinde nach außen zu vertreten⁷⁾.

1) § 9 II heGemO.

2) § 7 II, 60 ff schlhGemO.

3) Pagenkopf 97, 98, 110; Gönnerwein 326; Fröhner-Bran 229, Wolff VwR II § 87 IV.

4) In He und Brhv hat dabei der Magistrat eine wesentlich stärkere Stellung gegenüber der Gemeindevertretung inne als in SchlH, da hier die Magistratsmitglieder nicht gleichzeitig der Gemeindevertretung angehören dürfen, vgl. § 47 II 1 brhvStVerf; § 65 II 1 heGemO; §§ 62 I 1, 64 V 1, 65 I, II schlhGemO: ehrenamtliche Stadträte bleiben Mitglieder der Stadtvertretung.

5) Vgl. Pagenkopf 43/44; Gotthardt: SKV 1959, 171.

6) § 24 brhvStVerf; § 9 I heGemO; § 7 schlhGemO

7) §§ 40 I, 48 Ziff. 8 brhvStVerf; § 66 I heGemO; §§ 60 I, 61 I schlhGemO.

Weiterhin entscheidet der Magistrat in Hessen auch die Geschäfte der laufenden Verwaltung in eigener Zuständigkeit ¹⁾. Den Vorsitz im Magistrat führt der Bürgermeister. Er vertritt die Gemeinde auch im Namen des Magistrats nach außen. Der Bürgermeister ist bei der unechten Magistratsverfassung nicht gleichzeitig Vorsitzender der Gemeindevertretung. Den Vorsitz hat vielmehr der Gemeindepräsident ²⁾ inne.

e) Die modifizierte Ratsverfassung in Niedersachsen

Die niedersächsische Gemeindeordnung läßt sich als modifizierte Ratsverfassung kennzeichnen ³⁾. Sie ist dadurch bestimmt, daß der Gemeindevertretung und dem Gemeindedirektor je ein Zuständigkeitskatalog zugewiesen werden ⁴⁾ und daß alles, was darin nicht enthalten ist, dem Verwaltungsausschuß obliegt. ⁵⁾ Gemeindevertretung, Verwaltungsausschuß und Gemeindedirektor sind echte Gemeindeorgane ⁶⁾. Die von der Gemeindeordnung vorgenommene Zuständigkeitsabgrenzung ist jedoch weitgehend veränderbar. Vor allem die Gemeindevertretung kann ihre Zuständigkeit nach eigenem Ermessen erweitern ⁷⁾.

-
- 1) §§ 9 I 2, 66 I heGemO. Grds. müssen alle Angelegenheiten der laufenden Verwaltung, die gemäß § 9 I 2 heGemO vom Gemeindevorstand zu besorgen sind, dem Magistrat zur Beschlußfassung unterbreitet werden. Die laufenden Angelegenheiten minderer Bedeutung können jedoch gemäß § 70 II heGemO vom Bürgermeister und den zuständigen Beigeordneten selbständig erledigt werden, vgl. Muntzke-Schlemp 742; Wolff VwR II § 87 II d 2; a.A. Gönnenwein 331 Anm. 36, der die laufende Verwaltung im § 70 II heGemO nur als Verwaltung des Magistrats ansieht.
 - 2) § 29 brhVStVerf; §§ 49, 57 heGemO; § 33 schlhGemO.
 - 3) Wolff VwR II § 87 IV e; Loschelder: Einführung 37 sieht Ähnlichkeiten zur Magistratsverfassung.
 - 4) §§ 40, 62, 63 ndsGemO.
 - 5) § 57 II ndsGemO und AB zu § 57 II ndsGemO; s.a. Lüersen-Neuffer § 57 Erl. 4; Mittendorf: SKV 1963, 144; Hesse: SKV 1963, 313.
 - 6) Lüersen-Neuffer § 62 Erl. 2; Loschelder: Einführung 33.
 - 7) §§ 40 II, 62 I Ziff. 6 ndsGemO; s.a. Loschelder: Einführung 33.

Der Rat beschließt über die ihm ausschließlich zugewiesenen Angelegenheiten, sowie über diejenigen, bei denen er sich im Einzelfall die Beschlußfassung vorbehält ¹⁾. Der Verwaltungsausschuß bereitet die Beschlüsse der Gemeindevertretung vor und entscheidet in dem ihm abgesteckten Zuständigkeitsbereich ²⁾. Der Gemeindedirektor bereitet die Beschlüsse des Verwaltungsausschusses vor und führt die Beschlüsse der Gemeindevertretung und des Verwaltungsausschusses durch ³⁾. Er entscheidet auch die Geschäfte der laufenden Verwaltung in eigener Zuständigkeit und vertritt die Gemeinde nach außen ⁴⁾. Als verwaltungsleitendes Organ ist der Gemeindedirektor jedoch nicht Vorsitzender des Verwaltungsausschusses, er gehört diesem Organ nur mit beratender Stimme an ⁵⁾. Vorsitzender des Verwaltungsausschusses ist vielmehr der Gemeindepräsident ⁶⁾.

1) §§ 40 I, II ndsGemO.

2) § 57 I, II ndsGemO.

3) § 62 I ndsGemO.

4) §§ 62 I Ziff. 6, 63 I ndsGemO.

5) § 56 I ndsGemO.

6) §§ 43 I, 56 I ndsGemO.

II. Kapitel Die allgemeine privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung

Nachdem im ersten Kapitel allgemein die Zuständigkeiten und das Zusammenwirken der gemeindlichen Hauptorgane, die Wirk- und Handlungsfähigkeit der Gemeinden und der Bereich der Außenvertretung aufgezeigt wurden, stellt sich im folgenden die Frage, von welcher Person, in welchem Verfahren und in welcher Form privatrechtsgeschäftliche Erklärungen für die Gemeinden nach den geltenden deutschen Gemeindeverfassungen abgegeben werden müssen. Bei der Beantwortung dieser Frage kann man die privatrechtsgeschäftlichen Erklärungen zunächst einmal danach unterscheiden, ob die betreffende Erklärung die Gemeinde verpflichtet bzw. nicht verpflichtet. Zum anderen hängt die Zuständigkeit zur Abgabe privatrechtsgeschäftlicher Willenserklärungen von der Art des vorzunehmenden Geschäfts ab. Die Gemeindeverfassungen regeln nämlich idR die Außenvertretung verschieden, je nachdem, ob es sich um allgemeine Verwaltungsgeschäfte, um Kassengeschäfte, um Angelegenheiten der Eigenbetriebe oder um die Vertretung in Organen wirtschaftlicher Unternehmen handelt.

§ 5 Die Außenvertretung bei der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen

I. Das allgemeine, nicht-verpflichtende Verwaltungsgeschäft

Die Verwaltungstätigkeit der Gesamtorganisation Gemeinde setzt sich aus einer Vielzahl einzelner Handlungen zusammen, die, wenn sie sich an eine außerhalb der gemeindlichen Organisation stehende Person richten, einen Akt der Außenvertretung notwendig machen. Die Außenvertretung ist daher eine Funktion, die auf fast allen Gebieten der Verwaltung vorkommen kann und zumeist den letzten Ausläufer einer Handlungsreihe bildet. Aus dem Gesamtbereich dieser möglichen (privatrechtsgeschäftlichen) Außenvertretungsakte werden im folgenden nur diejenigen behandelt, die sich dadurch bestimmen lassen, daß sie die Gemeinde nicht verpflichten und ihrer Art nach zu den allgemeinen Verwaltungsgeschäften zählen.

a) Das allgemeine Verwaltungsgeschäft

Der Begriff des allgemeinen Verwaltungsgeschäfts läßt sich dem Gegenstand nach nur negativ abgrenzen. Es fallen darunter diejenigen rechtsgeschäftlichen Handlungen der Gemeinde, die weder zu den Kassengeschäften ¹⁾ noch zu den Angelegenheiten der Eigenbetriebe ²⁾ gehören. Auch die Erklärungen, die für die Gemeinde in den Organen wirtschaftlicher Unternehmen abgegeben werden ³⁾, zählen nicht dazu. Allgemeine Verwaltungsgeschäfte sind danach z.B. der Erwerb bzw. die Veräußerung von Vermögensgegenständen sowie der Abschluß privatrechtlicher Verträge jeglicher Art mit berechtigender oder verpflichtender Wirkung für die Gemeinde.

b) Die verpflichtenden bzw. nicht-verpflichtenden Willenserklärungen

1) Die verpflichtende Erklärung

a₁) Als privatrechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung ist jede Erklärung anzusehen, die nach dem objektiv geäußerten Erfolgswillen darauf abzielt, eine privatrechtliche Leistungsverpflichtung der Gemeinde - nicht notwendig auch eine des Erklärungsgegners - zu begründen ⁴⁾. Die Leistung wird dabei häufig in einer Geldleistung bestehen, die Verpflichtung kann sich aber auch auf sonstige materiell-rechtliche Leistungen ⁵⁾ erstrecken, soweit durch die Erklärungen nur irgendeine Rechtspflicht der Gemeinde entsteht.

1) Vgl. unten S. 146 ff.

2) Vgl. unten S. 174 ff.

3) Muntzke-Schlemp 773 spricht von "Rechtsausübungen".

4) Grosdidier 19 ff; Hild 26 ff; Diekamp 147 ff; Lünenbürger 135 ff; Schlemp 66 ff; Muntzke-Schlemp 769 ff; Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 6; Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2; Kottenberg § 56 Erl. II; Elleringmann: revDGO 72 ff; Eckhardt 64 ff, Berroth 110 ff; Berkenhoff 143 f; ders.: Gem 1954, 176; Fleißig: Gem 1955, 240 ff; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2.

5) Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 a erwähnt z.B. die Verpflichtung, eine kulturelle Veranstaltung zu fördern.

Unerheblich ist, ob es sich um einseitig oder zweiseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte handelt; nur muß bei den einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften die Gemeinde die Verpflichtung übernehmen.

Tritt bei einem Rechtsgeschäft neben der Rechtsfolge, auf die die Willenserklärung der Gemeinde abzielt, noch eine Verpflichtung kraft Gesetzes ein (z.B. das Rückgewährschuldverhältnis bei der Rücktrittserklärung), so liegt insoweit keine Verpflichtungserklärung vor, da das Gesetz diese Verpflichtung ohne Rücksicht auf die Willensrichtung der Beteiligten bestimmt ¹⁾.

b₁) Eine Verpflichtungserklärung liegt auch dann vor, wenn die Verpflichtung zwar nicht der eigentliche Zweck des Rechtsgeschäfts, der Geschäftswille also nicht unmittelbar auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet ist, die Verpflichtung jedoch die notwendige und erkennbare Voraussetzung für die Erreichung des Zwecks darstellt. In diesem Falle umfaßt nämlich der Wille, den bestimmten Erfolg zu erzielen, zwangsläufig auch den Willen, eine Verpflichtung zu übernehmen ²⁾. Es genügt also, wenn die Verpflichtung kausal zur Erreichung des Geschäftszwecks gewollt, wenn sie Mittel zum Zweck ist ³⁾. Der Zweck eines Kaufvertrages besteht z.B. darin, den Kaufgegenstand zu erlangen, die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises ist jedoch notwendige Voraussetzung für das Geschäft.

c₁) Verpflichtet wird die Gemeinde aber nicht nur durch die Übernahme völlig neuer Verpflichtungen, sondern auch dann, wenn die Gemeinde im Rahmen schon bestehender Beziehungen eine von den bisherigen abweichende neue Verpflichtung übernimmt.

1) Schlempp 67 Anm. 258; a.A. Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 d, wonach der Rücktritt vom Verträge neue rechtliche Verpflichtungen erzeuge und daher Verpflichtungserklärung sei.

2) Grosdidier 21

3) Diekamp 149; Muntzke-Schlempp 772; Schlempp 69; Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 b; Lünenbürger 136.

Dabei kommt es allein darauf an, daß die Verpflichtung vorher in dieser Form noch nicht bestand. Ob die Änderung der Verpflichtung für die Gemeinde vorteilhaft ist oder sich als weitergehende Belastung auswirkt, ist also unerheblich ¹⁾. Der bloße Erlaß begründet jedoch keine neue Verpflichtung der Gemeinde ²⁾.

Bei den sog. Sukzessivlieferungsverträgen handelt es sich nur hinsichtlich des Abschlusses des einheitlichen Gesamtvertrages um ein Verpflichtungsgeschäft. Die Spezifikationserklärungen, durch die die Leistungen abgerufen werden, sind nicht selbständige Verpflichtungserklärungen, da durch sie nur die bestehende Verpflichtung abgewickelt wird ³⁾.

Bei den Wiederkehrschuldverhältnissen liegen dagegen eine Reihe selbständiger Verpflichtungen vor, auch wenn ebenfalls von vornherein mehrere Einzelleistungen vorgesehen sind. Jede neue Lieferung erfolgt hier aufgrund eines neuen eigenen Vertrages, der die Gemeinde verpflichtet ⁴⁾.

d₁) Eine Verpflichtung wird für die Gemeinde auch dann begründet, wenn an Stelle eines früheren die Gemeinde verpflichtenden Vertrages unter dessen Aufhebung ein neuer Vertrag abgeschlossen wird (sog. Novation oder Schuldumschaffung) ⁵⁾.

e₁) Eine Verpflichtungserklärung liegt weiter vor, wenn die Erklärung als solche nicht die alleinige Grundlage ihrer Entstehung ist, sondern neben der Erklärung noch bestimmte, andere Erfordernisse erfüllt sein müssen.

1) Berkenhoff 143; Diekamp 151; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2; Schlempp 70; Lünenbürger 137.

2) Schlempp 71; RG, Urt. v. 5.2.1918 RGZ 92, (162)

3) Schlempp 71; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2.

4) Schlempp 71; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2.

5) Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 c.

So muß z.B. bei den sog. Realverträgen (Leihe, Darlehen, Verwahrung) zu der Willenserklärung noch eine tatsächliche Handlung, die Gebrauchsüberlassung, die Geldhingabe oder die Übergabe der Sache treten. Auch beim Wechsel und beim Scheck wird die wertpapierrechtliche Verpflichtung erst mit der Begebung begründet ¹⁾.

f₁) Dementsprechend sind verpflichtende Erklärungen oder werden ihnen gleichgestellt: das verbindliche Vertragsangebot, die Annahme eines Vertragsangebots, die Erklärung das Vorkaufsrecht auszuüben ²⁾, die Annahme von Schenkungen durch die Gemeinde, wenn die Schenkung mit einer die Gemeinde verpflichtenden Auflage verbunden ist, der Beitritt einer Gemeinde zu einem Verein, da die Pflicht zur Beitragszahlung nicht nur Nebenfolge ist ³⁾, die Genehmigung der Schuldübernahme durch die Gemeinde als Gläubigerin (§ 415 BGB) ⁴⁾, die Erteilung einer Vollmacht, wenn diese zur Abgabe einer verpflichtenden Erklärung bevollmächtigt ⁵⁾; weiter die einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfte wie Auslobung (§ 657 BGB) ⁶⁾ und Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen (§ 793 BGB). Verpflichtende Erklärungen sind auch enthalten in einseitig verpflichtenden Verträgen, sofern die einseitige Verpflichtung die Gemeinde trifft, so z.B. in Handdarlehen, Schenkungsversprechen, Darlehensversprechen, Bürgschafts- und Garantieübernahmen und

1) Schlempp 69; Diekamp 149; Lünenbürger 137 Anm. 54.

2) BGH, Urt. v. 15.6.1960 BGHZ 32, 377/378; a.A. Henrichs: DNotZ 1956, 636 ff.

3) Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 b; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2 b.

4) Groddidier 21 Anm. 1; Schlempp 68 Anm. 259; RG, Urteil v. 11.11.1911 JW 1912, 96; kritisch Loewe 16/17.

5) Schlempp 68; Eckhardt 66; Römer: DNotZ 1956, 371; nicht eine Prozeßvollmacht, da zwar eine Verpflichtung z.B. durch einen Vergleich entstehen kann, aber nicht soll: Ellermann: Außenvertretung 110; ders.: revDGO 70; a.A. Haarmann: DVBl 1952, 480.

6) Surén-Loschelder § 36 Erl. 2 b; unrichtig Eckhardt 67.

Kreditaufträgen ¹⁾, ferner in zweiseitig verpflichtenden Verträgen des Schuldrechts, so z.B. in Kauf-, Tausch-, Miet-, Pacht-, Leih-, Verwahrungs-, Dienst-, Werk-, Makler- und Werklieferungsverträgen. Verpflichtungen ergeben sich auch aus Vorverträgen, aus (Prozeß-) Vergleichen, sofern sie neue Verpflichtungen begründen ²⁾, aus dem Eingehen von Scheck- und Wechselverbindlichkeiten, aus abstrakten Schuldanerkennnissen und Schuldversprechen, aus Schuldübernahmen und idR auch aus Saldoanerkennnissen ³⁾.

2. Die nicht-verpflichtende Erklärung

a₁) Eine Erklärung, die keine Rechtspflicht begründen soll, verpflichtet die Gemeinde nicht. Daraus folgt, daß Erklärungen, bei denen eine Verpflichtung nur als nicht gewollte Nebenfolge eintritt, der Geschäftswille also nicht auf die Verpflichtung als Erfolg abzielt, keine Verpflichtungserklärungen sind ⁴⁾. So ist z.B. die Annahme einer Schenkung eine nicht-verpflichtende Erklärung, da die Verpflichtung zur Zahlung der Schenkungssteuer nicht bezweckte Nebenfolge ist. Auch beim unentgeltlichen Auftrag ist die Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen nur gesetzliche Nebenfolge ⁵⁾.

b₁) Auch die Bestätigung einer schon bestehenden Verpflichtung ohne Änderung ihres Inhalts ist keine Verpflichtungserklärung ⁶⁾. So begründet z.B. die Wiederkaufserklärung (gemäß § 497 BGB) für die Gemeinde keine neue Verpflichtung, da

1) Schlempp 68; Grosdidier 21 Anm. 1; Surén-Loschelder § 36 Erl. 2 b. Der unentgeltliche Auftrag ist für den Auftraggeber kein Verpflichtungsgeschäft, da die Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen keine rechtsgeschäftliche, sondern gesetzliche Nebenfolge ist.

2) Hild 28.

3) Surén-Loschelder § 36 Erl. 2.

4) Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 b; Schlempp 68/69; Lünenbürger 136; Diekamp 148.

5) Vgl. Anm. 1.

6) Surén-Loschelder § 36 Erl. 2; Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 c.

die wesentlichen Bindungen bereits durch den Wiederkaufsvertrag vereinbart worden sind ¹⁾.

c₁) Als nicht-verpflichtende Erklärungen gelten ferner solche, die die Gemeinde zwar belasten, aber keine neuen Verpflichtungen begründen. Hierunter fallen die Verfügungen, d.h. all diejenigen Geschäfte, die die Rechtslage eines Rechtsgenstandes unmittelbar ändern. Zu den Verfügungen gehören insbesondere die dinglichen Rechtsgeschäfte, die nicht auf die Übernahme einer Verpflichtung, sondern vielmehr auf die Erfüllung einer vorausgegangenen Verpflichtungserklärung gerichtet sind.

Bei den Verfügungen ist zu beachten, daß sie mit Verpflichtungsgeschäften zusammentreffen können (wie z.B. bei der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB) und daß z.B. in einer Urkunde das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zusammen enthalten sein können (z.B. in Kaufverträgen, die zugleich die Übereignung (Auflassung) aussprechen). In diesen Fällen sind die gemeinderechtlichen Vorschriften über die Abgabe verpflichtender Erklärungen anzuwenden ²⁾.

d₁) Nicht-verpflichtende Erklärungen sind demnach: der sachenrechtliche Vertrag, die Auflassung ³⁾ und Übereignung, die Belastung mit dinglichen Rechten wie die Bestellung von Pfandrechten, die Bewilligung von Hypotheken, Grundschulden und Reallasten, die Aufhebung durch Erfüllung eines Anspruchs ⁴⁾, der Schuldenerlaß (§ 397 I BGB) ⁵⁾, das negative Schuldanerkennnis (§ 397 II BGB), der Verzicht auf eine Forderung ⁶⁾, die

1) BGH, Urt. v. 17.12.1958 NJW 1959, 527.

2) Schlempp 73; Lünenbürger 137.

3) LG Marburg, Beschl. v. 18.2.1966 DRPfl. 1967, 405; Loewe 17; a.A. Fisch 80.

4) Schlempp 72.

5) RG, Urt. v. 5.2.1918 RGZ 92, 162; a.A. Eckhardt 66.

6) Vgl. aber § 57 saarlKSVG, wonach hier die Formvorschriften einzuhalten sind.

Forderungsabtretung, die materiell-rechtliche Einigung über eine Rangänderung ¹⁾, die Löschungsbewilligung ²⁾, die Bewilligung der Rangänderung ³⁾, die Bewilligung einer Vormerkung, ferner die einseitig gestaltenden Rechtsgeschäfte wie Kündigung ⁴⁾, Aufrechnung, Widerruf, Einwilligung, Genehmigung ⁵⁾ sowie Anfechtung, Wandlung, Rücktritt ⁶⁾, weiter die verfahrensrechtlichen, insbesondere prozessualen Handlungen wie Prozeßanträge, Klage, Einlegung eines Rechtsmittels ⁷⁾.

II. Die vertretungsberechtigten Personen

Die für die Gemeinden zur Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender rechtsgeschäftlicher Erklärungen vertretungsberechtigten Personen können nach den Quellen ihrer Zuständigkeit bzw. ihrer Vertretungsmacht eingeteilt werden:

a) Die Vertreter kraft Organisationssatzung

1. Der Verwaltungsleiter

Sämtliche deutschen Gemeindeverfassungen haben das Organ Verwaltungsleitung mit der Zuständigkeit zur Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender rechtsgeschäftlicher Erklärungen betraut. Ist die Verwaltungsleitung monokratisch ausgebildet, so nimmt der ursprüngliche Organwalter, der Verwaltungsleiter, die Außenvertretungszuständigkeiten wahr. Ist die Verwaltungsleitung jedoch kollegial zusammengesetzt und stehen der Wahrnehmung der Außenvertretungszuständigkeiten durch das Kollegium daher praktische Schwierigkeiten entgegen, so vertritt idR der Vorsitzende des Kollegialorgans, der auch als

1) Surén-Loschelder § 36 Erl. 2.

2) Fleißig: Gem 1955, 241.

3) KG, Beschl. v. 14.6.1934 JW 1934, 2076.

4) RG, Urt. v. 23.12.1913 RGZ 83, 399; RG, Urt. v. 7.7.1917 RGZ 90, 399.

5) RG, Urt. v. 7.7.1917 RGZ 90, 399.

6) Schlempp: 73 Anm. 286; a.A. bezgl. des Rücktritts, der Anfechtung und der Wandlung: Kunze-Schmid § 54 Erl. I 2 d.

7) KG, Beschl. v. 14.6.1934 JW 1934, 2075/76.

Verwaltungsleiter bezeichnet wird, die Gemeinde im Namen des Organs nach außen. Es gilt im einzelnen folgendes:

a₁) bei der (norddeutschen) Ratsverfassung

a₂) Die Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen erklärt in § 55 S. 1 aaO die Gemeindevertretung für die Außenvertretung der Gemeinde wahrnehmungszuständig. Die Verfassung folgt damit dem in den §§ 27 I und 28 I aaO verankerten Grundsatz der "Allzuständigkeit", wonach die Gemeindevertretung für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung, also auch für die Außenvertretung¹⁾, zuständig ist. Da aber die Gemeindevertretung als Kollegialorgan unmöglich die Gemeinde vertreten kann, gilt gemäß § 55 S. 2 aaO diese Vertretungsbefugnis als auf den Gemeindedirektor übertragen, soweit nicht die Gemeindevertretung für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder für einen Einzelfall etwas anderes bestimmt. Der Gesetzgeber hat also, um den Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht zu werden, die Außenvertretungszuständigkeit im Wege der gesetzlich fingierten Delegation²⁾ auf den Gemeindedirektor übertragen; dieser vertritt die Gemeinde in eigener Zuständigkeit³⁾.

b₂) Im Wege der gesetzlich fingierten Delegation erhält der Gemeindedirektor die in § 55 S. 1 nwGemO uneingeschränkt gemeinte Vertretungszuständigkeit der Gemeindevertretung in eben diesem Umfange, wenn auch mit dem in § 55 S. 2 nwGemO umschriebenen Vorbehalt⁴⁾.

1) Die Außenvertretung ist nicht ein Zweig der Gemeindeverwaltung für sich, sondern eine Funktion, die auf fast allen Gebieten der Gemeindeverwaltung vorkommen kann: Helfritz: Vertretung 113.

2) Vgl. oben S. 33.

3) Bescheid der nWMdJ v. 26.4. 1963: Wochendienst GTWL 1963, Nr. 105.

4) OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960: DVBl 1960, 818.

Die Vertretungszuständigkeit des Gemeindedirektors wird auch nicht durch die in § 28 nwGemO geregelten Zuständigkeiten eingeschränkt. Sie gilt für alle Rechts- und Verwaltungsgeschäfte und nicht nur für die Außenvertretung in einfachen Geschäften der laufenden Verwaltung (§ 28 III nwGemO) ¹⁾.

c₂) Unzutreffend ist die Ansicht von DIEKAMP ²⁾, § 55 S. 2 nwGemO regele als Generalklausel nur diejenigen Außenvertretungsfälle, für die das Gesetz in §§ 47 I 2 und 28 III nwGemO noch keine anderweitige Bestimmung getroffen habe. § 28 III nwGemO überantwortet dem Gemeindedirektor nur die interne Zuständigkeit zur Erledigung eines quantitativ großen Teils der gemeindlichen Verwaltungsaufgaben, Außenvertretungsvorschrift ist diese Bestimmung jedoch nicht ³⁾. Entsprechend umreißt die Vorschrift des § 47 nwGemO als Korrelat zu der des § 28 nwGemO nur die Stellung des Gemeindedirektors in seinem Verhältnis nach innen. Aus der Formulierung des § 47 I 2 nwGemO "der Gemeindedirektor führt die Beschlüsse des Rates durch" darf man daher nicht schließen, § 47 I 2 nwGemO sei Außenvertretungsvorschrift ⁴⁾.

d₂) Die Außenvertretungszuständigkeit ist dem Gemeindedirektor jedoch nur unter dem Vorbehalt übertragen worden, daß die Gemeindevertretung für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder für einen Einzelfall die übertragene Organzuständigkeit auch selbst konkurrierend ausüben kann ⁵⁾.

1) OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960: DVBl 1960, 818; Zuhorn-Hoppe 285, Odenbreit-Hensel 389.

2) Diekamp 70 ff (71, 75).

3) OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960 DVBl 1960, 818; Bückmann 50.

4) OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960: DVBl 1960, 818; s.a. Benner 89 ff (94); Arens: SKV 1964, 310; a.A. Diekamp 70; Kottenberg § 55 Erl. I: die Durchführung beinhaltet neben der Pflicht zur Ausführung auch die Vertretungsmacht; Eckhardt 69; Steinweg 5; Althaus: Recht 54; ders.: Kritik 13.

5) Vgl. oben S. 33.

Die dem Gemeindedirektor (bewahrend) delegierte Außenvertretungszuständigkeit verbleibt also auch der Gemeindevertretung¹⁾, beiden Organen steht sie zur Wahrnehmung zu, sie kann jedoch nicht zugleich und durcheinander von beiden Organen wahrgenommen werden. Das Verhältnis zwischen den Handlungen beider Organe richtet sich vielmehr nach der zeitlichen Prävention²⁾. Solange die Gemeindevertretung daher nicht "etwas anderes bestimmt", ist der Gemeindedirektor ausschließlich zur Wahrnehmung der Außenvertretung der Gemeinde zuständig³⁾; die delegierende Gemeindevertretung bleibt solange abstinert in Reserve und läßt dem Gemeindedirektor als Delegatar den Vortritt, bis sie die eigene Wahrnehmung für notwendig hält und das durch Evokation nach außen zu erkennen gibt⁴⁾. Ein lediglich interner Beschluß der Gemeindevertretung, die Außenvertretungszuständigkeit für einen bestimmten Kreis von Fällen oder für einen Einzelfall selbst wahrzunehmen, ändert an der Außenvertretungszuständigkeit des Gemeindedirektors daher nichts⁵⁾. Dieses sog. Rückholrecht kann von der Gemeindevertretung jedoch nur in engen Grenzen ausgeübt werden. So darf die Gemeindevertretung dem Gemeindedirektor die Außenvertretungszuständigkeit nicht in vollem Umfange entziehen oder zu einem so erheblichen Teil beschränken, daß die Stellung des Gemeindedirektors als Außenvertretungsorgan ausgehöhlt wird⁶⁾. Beschränkt die Gemeindevertretung die Außenvertretungszuständigkeit des Gemeindedirektors für einen bestimmten Kreis von Geschäften, so bedarf dieser Beschluß der öffentlichen Bekanntmachung (§ 55 S. 3 nwGemO).

1) Wolff VwR II § 72 IV b 2; Eckhardt 19; vgl. auch oben S. 33.

2) Triepel 54; Benner 24; Eckhardt 20.

3) Daher ist es irreführend, von primärer Zuständigkeit des Deleganten und sekundärer des Delegatars zu sprechen, so aber Wolff VwR II § 72 IV b 2.

4) Eckhardt 19.

5) Eckhardt 20; a.A. Diekamp 49/50.

6) Odenbreit-Hensel 389; Bückmann 57; Kottenberg § 55 Erl. I.

Bei der Beschränkung für einen Einzelfall ist in entsprechender Anwendung des § 56 II 2 nwGemO der Beschluß der Gemeindevertretung dem Erklärungsgegner mitzuteilen ¹⁾.

e₂) Der Verwaltungsleiter führt in Nordrhein-Westfalen die Bezeichnung Gemeindedirektor, in kreisangehörigen Städten Stadtdirektor, in kreisfreien Städten Oberstadtdirektor ²⁾.

b₁) bei der süddeutschen Ratsverfassung

In den Gemeinden von Baden-Württemberg und Bayern ist der Bürgermeister bzw. der erste Bürgermeister zur Vertretung der Gemeinde nach außen befugt ³⁾. Der Bürgermeister vertritt dabei die Gemeinde und nicht die Gemeindevertretung ⁴⁾. In Baden-Württemberg führt der Bürgermeister in Stadtkreisen und Großen Kreisstädten die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister, in Bayern nur in den kreisfreien Gemeinden ⁵⁾.

c₁) bei der (echten bzw. unechten) Bürgermeisterverfassung

Auch die Gemeindeverfassungen, die als sog. Bürgermeisterverfassungen bezeichnet werden, teilen der Verwaltungsleitung die Außenvertretungszuständigkeit zur Wahrnehmung zu. Die Gemeinden in Rheinland-Pfalz, im Saarland, die Landgemeinden in Schleswig-Holstein und die Gemeinden in Hessen unter 1500 Einwohnern vertritt daher der Bürgermeister als Verwaltungsleiter nach außen ⁶⁾.

1) Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960: DVBl 1960, 818; Kottenberg § 55 Erl. II; Clasen: SKV 1962, 18; ders.: DöD 1958, 92; Arens: SKV 1964, 310.

2) § 47 IV nwGemO.

3) § 42 I 2 bwGemO; Art. 38 I bayGemO.

4) Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 2; Masson Art. 38 Erl. 3; Kunze-Schmid § 42 Erl. I 5.

5) § 42 IV bwGemO; Art. 34 I 3 bayGemO.

6) § 47 I rhpfSVG; §§ 54 I, 71 saarlKSVG; §§ 50 I, 57 I schlh-GemO; §§ 9 II, 79 III 1 heGemO.

In kreisfreien und großen kreisangehörigen Städten bzw. in Mittelstädten führt der Bürgermeister in Rheinland-Pfalz und im Saarland die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister ¹⁾.

d₁) bei der (unechten) Magistratsverfassung

In den Gemeinden mit (unechter) Magistratsverfassung, also in Bremerhaven, in den Städten in Schleswig-Holstein und in Hessen für Gemeinden über 1500 Einwohnern, ist der Magistrat, als kollegiale Verwaltungsleitung, für die Wahrnehmung der Außenvertretung zuständig ²⁾.

Da jedoch die Zuständigkeit eines Kollegialorgans zur Abgabe von Außenvertretungserklärungen auf praktische Schwierigkeiten stößt, gibt auch hier grundsätzlich der Verwaltungsleiter, der Vorsitzende des Magistrats ist, die nicht-verpflichtenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Namen des Magistrats ab ³⁾. Der Verwaltungsleiter führt in Bremerhaven die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister, ebenso in den kreisfreien Städten in Hessen und Schleswig-Holstein ⁴⁾.

e₁) bei der "modifizierten" Ratsverfassung

Die niedersächsischen Gemeinden werden durch das verwaltungsleitende Organ Gemeindedirektor nach außen vertreten ⁵⁾. Er führt in Städten die Bezeichnung Stadtdirektor, in kreisfreien Städten die Bezeichnung Oberstadtdirektor ⁶⁾.

1) § 47 VIII rhpfSVG; § 68 III saarlKSVG: für den hauptamtlichen Bürgermeister.

2) § 48 brhvStVerf; § 61 I schlhGemO; §§ 9 II, 71 I 1 heGemO; vgl. auch Muntzke-Schlepp 730.

3) § 48 Ziff. 8 brhvStVerf; § 71 II 1 schlhGemO; § 71 I 2 heGemO; vgl. auch Muntzke-Schlepp 752; Galette-Laux § 7 Erl. 6, § 71 Erl. 2.

4) § 45 I brhvStVerf; § 45 I heGemO; § 32 I DVO zu § 62 schlhGemO "kann".

5) § 63 I ndsGemO; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 2.

6) § 61 II 2 ndsGemO.

2. Die Ersatzwalter

Neben dem Bürgermeister bzw. dem Gemeindedirektor gibt es aber noch andere Personen, die kraft Organisationssatzung mit Wirkung für die Gemeinde die Organzuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung wahrnehmen können. Walter des Organs Verwaltungsleitung sind nämlich nicht nur die gesetzlich berufenen originären Amtswalter (Bürgermeister, Gemeindedirektor), die unter der Bezeichnung des Organs handelnd auftreten, sondern auch die durch organisatorische Rechtssätze bestimmten Ersatzwalter ¹⁾. Ersatzwalter sind Organwalter (natürliche Personen), die von den Gemeindeverfassungen dazu berufen werden, Zuständigkeiten des Organs im Falle der Verhinderung des originären Organwalters oder auch ersatzweise neben ihm wahrzunehmen. Die Ersatzwalter sind wahrnehmungszuständige Walter des Organs, dessen originären Walter sie ersetzen sollen und nicht etwa Walter eines konkurrierenden Organs ²⁾. Bei der Wahrnehmungszuständigkeit des Ersatzwalters handelt es sich auch nicht - wie BERROTH ausführt ³⁾ - um eine durch Gesetz auf den Ersatzwalter übertragene Zuständigkeit in Form des Mandats ⁴⁾. Der Ersatzwalter ist nämlich durch die Gemeindeverfassungen für eine von vornherein als Vertretungsstelle eingerichtete Wahrnehmungszuständigkeit vorgesehen und berufen ⁵⁾. Deshalb zeichnen die Ersatzwalter im Schriftverkehr auch unter der Bezeichnung des Organs Verwaltungsleitung mit dem Zusatz "In Vertretung" oder abgekürzt "IV" ⁶⁾, während Mandatare "Im Auftrag"

1) Eckhardt 15.

2) Eckhardt 15; Diekamp 101; Wolff VwR II § 87 I g; Als Organe und nicht als Organwalter werden sie fälschlich bezeichnet von Schlempp 21; Lünenbürger 6; Grosdidier 3, 5; Hild 22; Berroth 40; Berkenhoff 153; Eich: GemHh 1959, 41; s.a. Salzwedel: Kommunalrecht 266.

3) Berroth 41.

4) Vgl. zum Begriff oben S. 20.

5) Eich: GemHh 1959, 43; Triefel 28; Eckhardt 22.

6) Kunze-Schmid § 49 Erl. III 1; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 48 Erl. 5; Kottenberg § 51 Erl. V; Lauritzen § 71 Erl. 1; Eich: GemHh 1959, 43; Triefel 28; 1. RdErl. zu § 53 bwGemO.

handeln ¹⁾.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Sprachgebrauch der Gemeindeverfassungen, die von "Vertretung oder Stellvertretung" des Bürgermeisters bzw. des Gemeindedirektors durch die Ersatzwalter sprechen, mißverständlich ist ²⁾. Tritt nämlich ein Ersatzwalter an Stelle des Verwaltungsleiters handelnd für die Gemeinde auf, so wird das Verhalten des Ersatzwalters dem Bürgermeister bzw. dem Gemeindedirektor weder zugerechnet noch zugeordnet. Wenn hier von einer Zuordnung kraft Vertretung die Rede sein kann, dann nur bei der Zuordnung des Ersatzwalterverhaltens zum Organ und zu der Gemeinde ³⁾. Der Begriff des Vertreters bzw. des Stellvertreters, den die Gemeindeverfassungen für den Ersatzwalter wählen, darf daher nicht dazu führen, in dem Ersatzwalter einen rechtsgeschäftlichen Vertreter des Verwaltungsleiters i.S. des Bürgerlichen Rechts zu sehen.

Die Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung werden von den einzelnen Gemeindeverfassungen unter verschiedenen Bedingungen berufen. Dementsprechend können sie auch eingeteilt werden, wobei die jeweilige Bezeichnung den Berufungsgrund angibt:

a₁) der ständige allgemeine Vertreter

a₂) Einen ständigen allgemeinen Vertreter des Bürgermeisters bzw. des Gemeindedirektors sehen die Gemeindeverfassungen von Baden-Württemberg, Bremerhaven, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein vor.
Die ständige Vertretung (Ersetzung) geschieht:

1) Vgl. dazu unten S. 72.

2) Wolff VwR I § 35 VI a schlägt daher den Begriff "Ersetzung" vor; s.a. Berroth 40.

3) Wolff VwR I § 35 VI a.

(1) in Baden-Württemberg durch den Ersten Beigeordneten, der in Stadtkreisen und Großen Kreisstädten die Amtsbezeichnung Bürgermeister führt ¹⁾,

(2) in Bremerhaven durch den Bürgermeister ²⁾,

(3) in Hessen durch den Ersten Beigeordneten, der aber als allgemeiner Vertreter nur tätig werden soll, wenn der Bürgermeister verhindert ist. In kreisfreien Städten führt der Erste Beigeordnete die Amtsbezeichnung Bürgermeister ³⁾,

(4) in Nordrhein-Westfalen durch einen Beigeordneten, der, falls mehrere Beigeordnete vorhanden sind, als Erster Beigeordneter bezeichnet wird ⁴⁾. Ist ein Beigeordneter nicht vorhanden, so bestellt die Gemeindevertretung einen allgemeinen Vertreter. Dieser vertritt den Gemeindedirektor ständig und nicht nur im Behinderungsfall ⁵⁾,

(5) in Rheinland-Pfalz durch den Ersten Beigeordneten, der in kreisfreien und großen kreisangehörigen Städten die Amtsbezeichnung Erster Bürgermeister führt ⁶⁾,

(6) in Schleswig-Holstein bei Gemeinden mit (unechter) Magistratsverfassung durch den Ersten Stadtrat ⁷⁾, der in kreisfreien Städten die Amtsbezeichnung Bürgermeister führen kann ⁸⁾.

1) § 49 IV bwGemO, nur für Gemeinden mit Beigeordneten.

2) §§ 45 I, 48 Ziff. 8 brhVStVerf; s.a. Eckhardt 70.

3) §§ 47 I, 45 I heGemO.

4) § 51 I nwGemO; vgl. auch Berkenhoff 153; Eich: GemHh 1959, 42. Ob der Erste Beigeordnete in kreisfreien Städten Stadtdirektor genannt werden kann, ist umstritten, vgl. v. Bau-
dissin: StTg 1955, 147; Dregger: StTg 1955, 352.

5) Eich: GemHh 1959, 43; Kottenberg § 51 Erl. II; a.A. Eckhardt 71.

6) § 48 IV rhpfSVG.

7) § 71 II 2 schlhGemO.

8) § 32 I DVO zu § 62 schlhGemO.

b₂) Der ständige allgemeine Vertreter ersetzt den Bürgermeister bzw. den Gemeindedirektor in dessen gesamten Wirkungskreis. Seine Vertretungszuständigkeit ist daher ebenso umfassend und unbeschränkbar wie die des originären Organwalters des Organs Verwaltungsleitung. Die Vertretungszuständigkeit des ständigen allgemeinen Vertreters ist auch nicht etwa auf den Fall der Verhinderung des originärenwalters beschränkt; sie besteht vielmehr unabhängig davon neben der des originären Organwalters, auch wenn dieser seine Amtsgeschäfte wahrnimmt ¹⁾.

Die umfassende Vertretungsmacht des ständigen allgemeinen Vertreters kann auch nicht mit Wirkung nach außen durch den Bürgermeister bzw. den Gemeindedirektor eingeschränkt werden. Zwar kann der Bürgermeister bzw. der Gemeindedirektor als Leiter der Gemeindeverwaltung dem ständigen allgemeinen Vertreter im Innenverhältnis bestimmte Weisungen darüber erteilen, inwieweit er von seiner Vertretungsmacht Gebrauch machen darf. Aus Gründen der Rechtssicherheit wirken solche Beschränkungen aber nur im Innenverhältnis, nicht jedoch auch nach außen ²⁾. Der ständige allgemeine Vertreter kann daher zu jeder Zeit neben dem Verwaltungsleiter allgemeine, nicht-verpflichtende rechtsgeschäftliche Erklärungen wirksam nach außen abgeben.

b₁) der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung

a₂) Ist der Bürgermeister bzw. der Gemeindedirektor und/oder der ständige allgemeine Vertreter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert, so ist der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung zur Wahrnehmung der Organzuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung berufen.

1) § 47 I 1 heGemO.

2) Surén-Loschelder § 35 Erl. 2; Schlempp 22, 24; Grosdidier 4; Kunze-Schmid § 49 Erl. IV 2; Göbel § 49 Erl. 4; Muntzke-Schlempp 581, 757; Schneider 96; Diekamp 103; Eich: GemHH 1959, 42; Kottenberg § 51 Erl. I; Wolff VwR II § 76 III b 2, § 87 III a 1; unklar Galette-Laux § 71 Erl. 3 b.

(1) In Baden-Württemberg, in Gemeinden ohne Beigeordnete, wird der Bürgermeister im Falle seiner Verhinderung durch einen aus der Mitte der Gemeindevertretung gewählten Vertreter ersetzt ¹⁾. Werden von der Gemeindevertretung mehrere Vertreter des Bürgermeisters bestellt, so bestimmt sich die Reihenfolge der Vertretungsberechtigung nach der Reihenfolge der Bestellung ²⁾.

Sind in den Gemeinden Baden-Württembergs' (mit Beigeordneten) der Bürgermeister und der Erste Beigeordnete verhindert, so sind in der von der Gemeindevertretung bestimmten Reihenfolge die weiteren Beigeordneten zur Wahrnehmung der Organzuständigkeit berufen. Den weiteren Beigeordneten kann in Stadtkreisen und Großen Kreisstädten von der Gemeindevertretung die Amtsbezeichnung Bürgermeister verliehen werden ³⁾.

Im Falle der Verhinderung des Bürgermeisters und sämtlicher Beigeordneter nimmt ein aus der Mitte der Gemeindevertretung gewählter Vertreter die Organzuständigkeit wahr ⁴⁾.

(2) In Bayern ersetzen die weiteren Bürgermeister den ersten Bürgermeister im Falle seiner Verhinderung in der Reihenfolge, die sich aus dem Wahlergebnis ergibt ⁵⁾.

Für den Fall, daß neben dem ersten Bürgermeister auch der oder die weiteren Bürgermeister verhindert sind, kann die Gemeindevertretung einen oder mehrere Vertreter aus ihrer Mitte bestimmen ⁶⁾.

1) § 48 I bwGemO.

2) § 48 I 4 bwGemO; Kunze-Schmid § 48 Erl. I 5 c; Göbel § 48 Erl. 3.

3) § 49 IV 3, 4 bwGemO.

4) § 49 I 3 bwGemO.

5) Art. 39 I bayGemO; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 2, 3; Masson Art. 39 Erl. 4.

6) Art. 39 I 2 bayGemO; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 3; Hölzl Art. 39 Erl. I 2; Masson Art. 39 Erl. 5.

(3) Sind in Bremerhaven sowohl der Oberbürgermeister als auch der Bürgermeister verhindert, so bestellt der Magistrat aus seiner Mitte einen Vertreter ¹⁾.

(4) In Hessen sind die übrigen Beigeordneten zur allgemeinen Vertretung (Ersetzung) des Bürgermeisters nur berufen, wenn der Erste Beigeordnete verhindert ist. Die Reihenfolge bestimmt der Gemeindevorstand ²⁾. In Städten führen die übrigen Beigeordneten die Bezeichnung Stadtrat ³⁾.

(5) In Niedersachsen beauftragt die Gemeindevertretung einen Beamten der Gemeinde mit der allgemeinen Vertretung (Ersetzung) des Gemeindegelds. Der allgemeine Vertreter ist nicht etwa ständiger Vertreter, sondern Vertreter nur für den Verhinderungsfall ⁴⁾. Er führt in den kreisfreien Städten die Bezeichnung Stadtdirektor ⁵⁾.

Durch ausdrückliche Regelung in der Hauptsatzung kann der Umfang der in den Vertretungsbereich des allgemeinen Vertreters fallenden Aufgaben dadurch beschränkt werden, daß für bestimmte Aufgabengebiete besondere Vertreter für den Verhinderungsfall berufen werden, etwa für die Bauverwaltung die Baudezernenten ⁶⁾

-
- 1) § 48 Ziff. 8 brhvStVerf; diese Vorschrift gilt aber an sich nur bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen.
 - 2) §§ 47 I 2, 9 II heGemO; auf eine Verhinderung (auch) des Bürgermeisters kommt es nicht an, vgl. Muntzke-Schlemp 758.
 - 3) § 45 II heGemO.
 - 4) § 61 VI 1 ndsGemO; Lüersen-Neuffer § 61 Erl. 15; a.A. Eckhardt 70.
 - 5) § 61 VI 2 ndsGemO, die Bezeichnung Beigeordneter ist in Nds abweichend vom Sprachgebrauch den Vertretern des Gemeindepräsidenten vorbehalten.
 - 6) § 61 VI 3 ndsGemO; Lüersen-Neuffer § 61 Erl. 17.

(6) In Nordrhein-Westfalen sind die übrigen Beigeordneten zur allgemeinen Vertretung (Ersetzung) des Gemeindedirektors nur zuständig, wenn der Erste Beigeordnete verhindert ist. Die Reihenfolge bestimmt die Gemeindevertretung ¹⁾.

(7) In Rheinland-Pfalz sind die übrigen Beigeordneten zur allgemeinen Vertretung (Ersetzung) des Bürgermeisters nur für den Fall berufen, daß der Bürgermeister und der Erste Beigeordnete verhindert sind. Die Reihenfolge der Vertretung wird vor ihrer Wahl durch die Gemeindevertretung festgesetzt ²⁾. In kreisfreien und großen kreisangehörigen Städten führen die übrigen Beigeordneten die Amtsbezeichnung Bürgermeister ³⁾.

(8) Im Saarland wird der Bürgermeister im Falle seiner Verhinderung durch Beigeordnete in der von der Gemeindevertretung festgesetzten Reihenfolge ersetzt. Der Erste Vertreter führt in den ehrenamtlich verwalteten Gemeinden die Bezeichnung Erster Beigeordneter, in hauptamtlich verwalteten kreisfreien und Mittel-Städten die Amtsbezeichnung Bürgermeister ⁴⁾.

(9) In den Landgemeinden in Schleswig-Holstein ersetzen die aus der Mitte der Gemeindevertretung gewählten Vertreter den Bürgermeister im Falle seiner Verhinderung. Die Reihenfolge wird bei der Wahl festgelegt ⁵⁾.

1) § 51 I 2, 3 nwGemO; Eich: GemHh 1959, 42; auf eine Verhinderung (auch) des Gemeindedirektors kommt es nicht.

2) § 48 V 1, 2 rhpfSVG; vgl. Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 48 Erl. 4.

3) § 48 IV 2 rhpfSVG.

4) §§ 58 I, 68 IV saarlKSVG; es ist zu beachten, daß der Erste Beigeordnete im Gegensatz zur sonstigen Regelung nur allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfall, nicht jedoch ständiger Vertreter ist.

5) §§ 52 I 1, 58 I 1, II schlhGemO; in den ehrenamtlich verwalteten Landgemeinden sind die Vertreter des Bürgermeisters gleichzeitig auch Vertreter des Vorsitzenden der Gemeindevertretung.

In den Stadtgemeinden in Schleswig-Holstein ist nach der von der Gemeindevertretung bestimmten Reihenfolge ein anderer Stadtrat zur allgemeinen Vertretung (Ersetzung) des Bürgermeisters berufen, wenn der Erste Stadtrat verhindert ist ¹⁾.

b₂) Wie die umseitige Zusammenstellung zeigt, übertragen die geltenden Gemeindeverfassungen dem allgemeinen Vertreter im Verhinderungsfalle die Wahrnehmung der Organzuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung unter verschiedenen Bedingungen. Der allgemeine Vertreter im Verhinderungsfall kann wahrnehmungszuständig sein:

wenn der originäre Organwalter des Organs Verwaltungsleitung - der Bürgermeister bzw. der Gemeindedirektor ²⁾ - oder

wenn der ständige allgemeine Vertreter ³⁾ oder

wenn der originäre Organwalter und der ständige allgemeine Vertreter ⁴⁾

verhindert sind.

c₂) Sind - wie in den meisten Fällen - zwei oder mehrere allgemeine Vertreter für den Verhinderungsfall bestellt, so bestimmen die Gemeindevertretungen - in Hessen der Gemeindevorstand -, in welcher Reihenfolge den allgemeinen Vertretern im Verhinderungsfall die Vertretungszuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung zusteht. Der nach der festgelegten Reihenfolge nächstberufene allgemeine Vertreter nimmt dann grundsätzlich die Organzuständigkeit der Verwaltungsleitung umfassend und unbeschränkbar wahr.

1) Der Bürgermeister braucht nicht auch verhindert zu sein, vgl. § 71 II 2 schlhGemO; a.A. Galette-Laux § 71 Erl. 3 b; vgl. auch Lauritzen § 71 Erl 1.

2) § 48 I 2 bwGemO; Art. 39 I bayGemO; § 61 VI 1 ndsGemO; § 58 I saarlKSVG; §§ 52 I, II, 58 I, II schlhGemO.

3) § 47 I 2 heGemO; § 51 I 2 nwGemO; § 71 II 2 schlhGemO; s.a. § 35 I 2 DGO.

4) § 49 IV 3 bwGemO; § 48 Ziff. 8 brhV StVerf; § 48 V 1 rhpfSVG.

Insbesondere kann seine Vertretungsmacht nach außen nicht eingeschränkt werden ¹⁾.

d₂) Die Verhinderung des originären Organwalters und/oder des ständigen allgemeinen Vertreters kann auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhen ²⁾.

(1) Ein Fall tatsächlicher Verhinderung liegt vor, wenn der vertretungsberechtigte Organwalter zur tatsächlichen Ausübung der Vertretungszuständigkeit nicht in der Lage ist, da er vom Dienst abwesend ist, sich in Urlaub befindet, erkrankt ist oder andere Geschäfte der Gemeinde wahrnimmt, etwa auf einer Dienstreise ist. Im Einzelfall kann die Feststellung der tatsächlichen Verhinderung Schwierigkeiten bereiten ³⁾.

(2) Eine rechtliche Verhinderung ist gegeben, wenn der vertretungsberechtigte Organwalter wegen persönlicher Beteiligung, Befangenheit, Interessenkollision oder vorläufiger Dienstenthebung von der Mitwirkung bei einer Rechtshandlung ausgeschlossen ist ⁴⁾. Der originäre Organwalter ist auch an der Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen ihre Organwalter rechtlich gehindert ⁵⁾. In diesen Fällen ist jedoch idR nicht der allgemeine Vertreter im Verhinderungsfalle zur Geltendmachung der Ansprüche zuständig, da die Gemeindeverfassungen insoweit abweichende Regelungen treffen ⁶⁾.

1) Kunze-Schmid § 49 Erl. IV 5; Schlempp 23/24; Diekamp 106; Eich: GemHh 1959, 42/43; Lünenbürger 53; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 1; Hölzl Art. 39 Erl. 1.

2) Wohl irrtümlich spricht Kottenberg § 51 Erl. I nur von tatsächlicher Verhinderung.

3) Vgl. Lünenbürger 53.

4) § 18 bwGemO; Art. 36 bayGemO; § 15 brhVStVerf; § 25 heGemO; Schlempp 23; Diekamp 104; Berroth 39; Kunze-Schmid § 48 Erl. I 2; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 2, Art. 34 Erl. 6; Göbel § 48 Erl. 4; Muntzke-Schlempp 758.

5) Vgl. Diekamp 76 Anm. 2.

6) Vgl. Eckhardt 82/83.

(3) Sind der originäre Organwalter und/oder der ständige allgemeine Vertreter aus rechtlichen Gründen verhindert, so geht die allgemeine Vertretung (Ersetzung) nicht in vollem Umfange ungeteilt auf den nächstberufenen Ersatzwalter über. Der allgemeine Vertreter im Verhinderungsfall tritt nämlich nur in die Funktionen des vorgehenden originären Organwalters oder des ständigen allgemeinen Vertreters ein, die dieser wegen seiner rechtlichen Verhinderung nicht ausüben vermag. Im Übrigen bleibt der aus rechtlichen Gründen verhinderte Organwalter weiter in seinem Wirkungsbereich zuständig. Die allgemeine Vertretung bei rechtlicher Verhinderung gilt daher nur für den Konfliktfall ¹⁾.

c₁) der ständige Sondervertreter

a₂) Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung sind auch die ständigen Sondervertreter, die den Bürgermeister bzw. den Gemeindegeldirektor dadurch entlasten, daß sie den Verwaltungsleiter in den ihnen übertragenen Arbeits- (Sach-) gebieten (Geschäftskreisen, Verwaltungszweigen) ständig ersetzen. Im Rahmen ihrer Sachgebiete können die ständigen Sondervertreter daher selbständig allgemeine, nicht-verpflichtende rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben.

Die Gemeindeverfassungen sehen ständige Sondervertreter vor in Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und in Schleswig-Holstein.

(1) In Baden-Württemberg ersetzen die Beigeordneten den Bürgermeister ständig in ihren vom Bürgermeister im Einvernehmen mit der Gemeindevertretung abgegrenzten Geschäftskreisen ²⁾.

(2) Auch in Hessen werden allgemeine, nicht-verpflichtende rechtsgeschäftliche Erklärungen im Rahmen der einzelnen Ar-

1) Diekamp 105; Schlempp 23; Lünenbürger 54; Kunze-Schmid § 48 Erl. I 3; Muntzke-Schlempp 578.

2) §§ 49 III 1, 44 I 2 bwGemO.

beitsgebiete durch die dafür eingesetzten Beigeordneten abgegeben ¹⁾. Die Festlegung und Zuweisung der Arbeitsgebiete obliegt grundsätzlich allein dem Bürgermeister ²⁾, ausgenommen sind jedoch die Arbeitsgebiete, für die die Gemeindevertretung hauptamtliche Beigeordnete gewählt hat ³⁾.

(3) In Nordrhein-Westfalen ersetzen die Beigeordneten den Gemeindedirektor in ihrem Arbeitsgebiet ⁴⁾. Die Arbeitsgebiete werden von der Gemeindevertretung oder dem Gemeindedirektor festgelegt ⁵⁾.

(4) In Rheinland-Pfalz sind die Beigeordneten stets ständige Sondervertreter des Bürgermeisters in den ihnen vom Bürgermeister mit Zustimmung der Gemeindevertretung übertragenen Verwaltungszweigen ⁶⁾

(5) In den Städten in Schleswig-Holstein geben die Stadträte im Rahmen ihrer Sachgebiete allgemeine, nicht-verpflichtende Erklärungen für den Magistrat ab. Die Stadträte sind ständige Sondervertreter des Bürgermeisters, zusammen mit ihm bilden sie den Magistrat. Der Magistrat bestimmt auch die Sachgebiete der Stadträte ⁷⁾.

1) §§ 71 I 2, 79 III 2 heGemO.

2) Insbesondere in Gemeinden unter 1500 Einwohnern, in denen die Beigeordneten im Ehrenamt tätig sind, § 44 heGemO.

3) § 70 I 3 heGemO; Muntzke-Schlemp 741, 759.

4) § 51 II 1 nwGemO.

5) Der Gemeindevertretung steht dieses Recht jedoch nur im Einzelfall, nicht generell zu, da § 53 I 2 nwGemO nur eine Ausnahmenvorschrift zu § 53 I 1 nwGemO ist, vgl. OVG Münster, Urt. v. 8.2.1962 Rspr Entsch Nr. 1 zu § 53 nwGemO; Odenbreit-Hensel 368; Kottenberg § 53 Erl. I.

6) § 48 VI, I 2 rhpfSVG; vgl. Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 48 Erl. 2.

7) § 71 I, II 1 schlhGemO.

b₂) Die ständigen Sondervertreter ersetzen den Bürgermeister bzw. den Gemeindedirektor in allen Angelegenheiten ihres Arbeitsgebietes. Ihre Vertretungszuständigkeit beschränkt sich also nicht auf den Verhinderungsfall, wohl aber auf das Übertragene Sachgebiet. Im Rahmen ihres Arbeitsgebietes sind sie daher zur Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen gegenüber Dritten zuständig. Außerhalb ihres Geschäftskreises ist den ständigen Sondervertretern die Vertretungsmacht schlechthin versagt. Geben sie dennoch insoweit Erklärungen ab, so sind diese für die Gemeinde nicht verbindlich ¹⁾.

c₂) Die Vertretungszuständigkeit der ständigen Sondervertreter ist abhängig von der Abgrenzung und Übertragung eines bestimmten Arbeitsgebietes ²⁾. Mit der Schaffung der Vertretungsstellen, der Abgrenzung der Geschäftskreise und der Wahl der Sondervertreter ist daher ihre Vertretungszuständigkeit gegeben ³⁾. Unter Arbeitsgebiet sind dabei die üblichen Verwaltungszweige zu verstehen, zu denen bestimmte, miteinander in engerem Zusammenhang stehende Aufgaben der Gemeindeverwaltung zusammengefaßt werden, so z.B. die allgemeine Verwaltung, die Personalverwaltung, die Wirtschaftsverwaltung, das Schulwesen, die Finanzverwaltung, das Bauwesen, die Sozialverwaltung usw. ⁴⁾.

d₂) Der Bürgermeister bzw. der Gemeindedirektor kann den ständigen Sondervertretern ebenso wie den (ständigen) allgemeinen Vertretern (im Verhinderungsfall) **bestimmte interne** Weisungen erteilen, ohne dadurch jedoch deren Vertretungszuständigkeit nach außen beschränken zu können ⁵⁾.

1) Surén-Loschelder § 35 Erl. 3; Schlempp 26; Grosdidier 5; Diekamp 107; Lünenbürger 69; Kunze-Schmid § 49 Erl. III 3; Eich: GemHh 1959, 43; Kottenberg § 51 Erl. III; Muntzke-Schlempp 571; a.A. Eckhardt 15.

2) Muntzke-Schlempp 758.

3) Grosdidier 5; Kunze-Schmid § 44 Erl. I 2 d.

4) Eich: GemHh 1959, 42; Kottenberg § 51 Erl. III; Surén-Loschelder § 35 Erl. 3.

5) Kunze-Schmid § 49 Erl. III 2 c; Kottenberg § 51 Erl. III.

Der Verwaltungsleiter kann z.B. die Art der Erledigung einer Aufgabe vorschreiben oder vorherige Rücksprache anordnen. Er darf aber idR nicht ohne Änderung des Sachgebietes eines ständigen Sondervertreters eine bestimmte Angelegenheit aus dessen Arbeitsgebiet an sich ziehen und im Einzelfall die Bearbeitung übernehmen ¹⁾. Zieht er jedoch im Einzelfall eine Angelegenheit an sich, so handelt er nach außen hin in vollem Umfange wirksam, da er neben den ständigen Sondervertretern auch für deren Geschäftskreis wahrnehmungszuständig ist ²⁾.

In Nordrhein-Westfalen trifft die Gemeindeverfassung allerdings in Anlehnung an § 35 II 2 DGO eine andere Regelung. Gemäß § 51 II 2 nwGemO kann hier der Gemeindedirektor die Bearbeitung einzelner Angelegenheiten ³⁾ aus den verschiedenen Sachgebieten selbst übernehmen. Die ständigen Sondervertreter verlieren bei einem dahingehenden Willen des Gemeindedirektors die Zuständigkeit für diesen Einzelfall jedoch nur im Innenverhältnis, nicht auch mit Wirkung nach außen ⁴⁾. Die Vertretungszuständigkeit der ständigen Sondervertreter kann nämlich nur durch eine jederzeit mögliche Änderung der Geschäftskreise beschränkt werden ⁵⁾.

e₂) Die ständigen Sondervertreter sind idR gleichzeitig all-gemeine Vertreter im Verhinderungsfalle.

b) Die Vertreter kraft dienstlicher (öffentlich-rechtlicher) Beauftragung

1) Kunze-Schmid § 49 Erl. III 2 c; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 48 Erl. 3.

2) Berroth 41; Galette-Laux § 71 Erl. 2; Kunze-Schmid § 49 Erl. III 2 c.

3) Nicht einen Kreis von Geschäften, vgl. Diekamp 108 Anm. 2.

4) A.A. Diekamp 109; s.a. den Streit zu § 35 II 2 DGO; vgl. etwa Nauk: JW 1936, 1572 und Surén-Loschelder § 35 Erl. 3.

5) Kottenberg § 51 Erl. III.

1. Vor allem in größeren Gemeinden sind weder der Verwaltungsleiter noch die Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung allein in der Lage, alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung selbst zu bearbeiten und die Gemeinde bei der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen nach außen zu vertreten. Deshalb ist es nach sämtlichen geltenden Gemeindeverfassungen im Anschluß an § 35 III DGO möglich, daß bestimmten Gemeindebediensteten für einzelne Angelegenheiten oder für einen Kreis von Geschäften durch dienstlichen (öffentlich-rechtlichen) Auftrag Vertretungsmacht eingeräumt wird ¹⁾. Die Befugnis, bestimmte Gemeindebedienstete mit der Vertretung nach außen zu beauftragen, steht idR dem Verwaltungsleiter zu.

a₁) Durch den dienstlichen (öffentlich-rechtlichen) Auftrag wird dem Gemeindebediensteten nicht die Organzuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung übertragen, sondern der originäre Organwalter dieses Organs beauftragt ihn, zeitweise und in einem oder mehreren Einzelfällen oder auch abstrakt die Organzuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung in dessen Namen auszuüben. Der dienstliche Auftrag ist daher ein Mandat ²⁾, ein innerorganisatorischer Amtsauftrag ³⁾, der auf einem organi-

1) § 53 I bwGemO; Art. 39 II bayGemO; §§ 71 I 3, 79 III 3 he-GemO; § 51 III nwGemO; § 48 I 3 rhpfSVG; § 59 saarlKSVG; §§ 49 II 2, 56 II 2, 71 II 3 schlhGemO.

2) Vgl. zu diesem Begriff oben S. 20.

3) Eckhardt 73/74; Kunze-Schmid § 53 Erl. I 1: Beauftragung ist ein hoheitlicher innerdienstlicher Akt; Bohley: BayBm 1953, 268: dienstlicher Auftrag; Muntzke-Schlempp 762: öffentlich-rechtlicher Auftrag; Berkenhoff: Gem 1954, 156: dienstliche, öffentlich-rechtliche Beauftragung; Galet-Laux § 49 Erl. 5 a: innerorganisatorischer, öffentlich-rechtlicher Akt.

satorischen Rechtssatz beruht ¹⁾.

b₁) Durch den Amtsauftrag räumt der Mandant aus dem Komplex seiner organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeiten dem Mandatar in bestimmtem Umfange einzelne Wahrnehmungszuständigkeiten ein. Das Mandat verschafft also dem im Komplex seiner Organzuständigkeiten unveränderten Organ einen zusätzlichen Organwalter ²⁾.

2. Die Amtsbeauftragung ist in den geltenden Gemeindeverfassungen unvollkommen und im einzelnen unterschiedlich geregelt. Vor allem der Personenkreis, an den sich ein Amtsauftrag richten kann, wird in den Verfassungen verschieden festgelegt.

a₁) So können in einigen Ländern kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nur Beamte und Angestellte ³⁾, in anderen dagegen alle Gemeindebedienstete, also auch Gemeindear-

1) Vgl. Anm. 1, S. 66; in Brhv, Nds, RhPf und im Saarl ergibt sich die Befugnis des Verwaltungsleiters zur Beauftragung bestimmter Gemeindebediensteter aus den Bestimmungen, die ihm die Leitung und Beaufsichtigung des Geschäftsgangs der Verwaltung übertragen, § 50 I brhvStVerf; § 62 II 1 ndsGemO; § 47 I 1 rhpfSVG; § 54 II 1 saarlKSVG. Vgl. auch Galette-Laux § 71 Erl. 4 zu § 70 I 2 schlhGemO; Lüersen-Neuffer § 61 Erl. 15: in Nds kann der Gemeindedirektor Beamte und Angestellte beauftragen; s.a. § 71 III 2 ndsGemO v. 4.3.1955 (GVBl S. 55). Örtel § 56 Ziff. 8 Erl. 3 a: die Beauftragung von Stadtsekretären und anderen Bürobeamten zur Vertretung nach außen ist in der prStO 1853 zwar nicht vorgesehen, aber unzweifelhaft zulässig, vgl. auch Helfritz: Vertretung 96, 104; Rasch: DÖV 1957, 339; a.A. Muntzke-Schlemp 762, der eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Amtsbeauftragung verlangt.

2) Eckhardt 21; Diekamp 129; s.a. Berroth 44 ff; Grosdidier 7, beide sprechen aber von Organ statt von Organwaltern. Unklar Lünenbürger 87 f; unrichtig Kunze-Schmid § 53 Erl. I 1; Zuhorn-Hoppe 163; der Mandatar ist echter Stellvertreter; ebenso Muntzke-Schlemp 762; Kottenberg § 51 Erl. V; Suren-Loschelder § 35 Erl. 4; Schlemp 33.

3) § 53 I 1 bwGemO; § 51 III 1 nwGemO; §§ 49 II 2, 56 II 2, 71 II 3 schlhGemO.

beiter ¹⁾, besonders in gehobener Stellung ²⁾ beauftragt werden. In Bayern können Gemeindebedienstete allerdings nur mit der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen beauftragt werden, wenn diese zu den Angelegenheiten der laufenden Verwaltung ³⁾ zählen und die weiteren Bürgermeister angehört worden sind ⁴⁾.

Unter den Begriff der "Gemeindebediensteten" oder "-beamten" fallen auch die Beigeordneten oder Stadträte ⁵⁾, die daher beauftragt werden können, soweit sie nicht schon kraft Gemeindeverfassung Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung sind.

b₁) Die Gemeindeverfassungen von Rheinland-Pfalz und vom Saarland sehen nur Beigeordnete als Mandatäre vor ⁶⁾; der Bürgermeister (im Saarland mit Zustimmung der Gemeindevertretung) kann sie mit der Wahrnehmung einzelner Amtsgeschäfte bzw. mit der Erledigung bestimmter Geschäftszweige beauftragen.

- 1) Art. 39 II bayGemO; §§ 71 I 3, 79 III 3 heGemO. Die Formulierung des § 79 III 3 heGemO "andere Gemeindebeamte" ist ungenau. Aus § 79 V heGemO ergibt sich, daß in § 79 III 3 heGemO ebenso wie in § 71 I 3 heGemO alle Gemeindebediensteten gemeint sind, vgl. Muntzke-Schlepp 762.
- 2) Masson Art. 39 Erl. 16.
- 3) Dies sind nicht nur solche i.S. des Art. 37 I 1 Ziff. 1 bayGemO, sondern auch andere laufende Angelegenheiten bei Aufgaben des Ersten Bürgermeisters, vgl. Bohley: BayBm 1953, 268; Hölzl Art. 39 Erl. II 2 a; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 4.
- 4) Art. 39 II bayGemO; einer Zustimmung der weiteren Bürgermeister bedarf es nicht, vgl. Masson Art. 39 Erl. 13; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 4.
- 5) Muntzke-Schlepp 762; Diekamp 130; Lauritzen § 61 Erl. 1.
- 6) § 48 I 3 rhpfSVG; § 59 saarlKSVG; s.a. Steinweg 11. Die Gemeindeordnung des Saarl. v. 10.7.1951 (ABl S. 995) bestimme in § 61 III, daß auch Beamte und Angestellte Mandatäre sein konnten.

c₁) In Bayern können neben den Gemeindebediensteten auch die weiteren Bürgermeister und nach deren Anhörung (nicht Zustimmung) ¹⁾ auch Gemeinderatsmitglieder dienstlich beauftragt werden ²⁾.

d₁) Die Möglichkeit der dienstlichen Beauftragung nicht-beamteter Mandatäre findet ihre Grenze in Art. 33 IV GG, da nach dieser Vorschrift die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe idR nur Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen werden soll, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Mit den genannten Personen sind die Berufsbeamten gemeint ³⁾. Nicht-beamtete Personen können daher nicht ständig mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse beauftragt werden ⁴⁾.

3. Die dienstliche Beauftragung der genannten Personen erfolgt idR durch den Verwaltungsleiter. In den hessischen Gemeinden mit Magistratsverfassung werden die Gemeindebediensteten vom Magistrat beauftragt, der jedoch den Amtsauftrag durch den Verwaltungsleiter erteilt ⁵⁾.

Der dienstliche Auftrag kann sich seinem Umfang nach nicht nur auf einzelne Angelegenheiten, sondern auch auf ein bestimmtes Aufgabengebiet ⁶⁾, z.B. eine Gruppe gleichgelagerter oder ähnlicher Fälle erstrecken ⁷⁾. Unzulässig ist es jedoch, wenn

1) Vgl. Anm. 4 S. 68.

2) Art. 39 II bayGemO. Die anderen Gemeindeverfassungen sehen die Beauftragung von Mitgliedern der Gemeindevertretung nicht vor, vgl. Kunze-Schmid § 53 Erl. I 3; Göbel § 53 Erl.1; Muntzke-Schlemp 762; Diekamp 130.

3) Maunz-Dürig Art. 33 RdNr 39; Mangoldt-Klein II, 811 f.

4) Diekamp 133 f; Masson Art. 39 Erl. 16; Muntzke-Schlemp 762.

5) Eckhardt 74.

6) Das Aufgabengebiet kann dem eines ständigen Sondervertreters gleichen, vgl. z.B. § 59 saarlKSVG. Zu § 35 III DGO war dies umstritten, vgl. Schlemp 33; Lünenbürger 94 f; Nauk: JW 1936, 1573.

7) § 53 I 1 bwGemO; Muntzke-Schlemp 763; Kottenberg § 51 Erl. V; Galette-Laux § 49 Erl. 5 a; Lauritzen § 49 Erl. 2.

der Verwaltungsleiter einem Gemeindebediensteten im Wege des dienstlichen Auftrages Generalvertretungsmacht einräumt ¹⁾. Wird ein Gemeindebediensteter mit der Wahrnehmung eines bestimmten Aufgabenkreises beauftragt, - die Beauftragung ist allerdings nur zulässig, wenn für diesen Geschäftskreis kein ständiger Sondervertreter bestellt worden ist - ²⁾, so enthält dieser dienstliche Auftrag nicht ohne weiteres die Ermächtigung, auch mit unmittelbarer Wirkung für die Gemeinde nach außen tätig zu werden, die Vertretungszuständigkeit muß ihm vielmehr ausdrücklich eingeräumt werden ³⁾.

4. Nach dem Vorbild des § 35 III DGO bestimmen einige Gemeindeverfassungen, daß der Verwaltungsleiter die Befugnis zur Erteilung eines dienstlichen Auftrags auch auf die ständigen Sondervertreter für deren Geschäftskreis übertragen kann ⁴⁾. Obwohl die ständigen Sondervertreter den Verwaltungsleiter in ihrem Geschäftskreis ständig ersetzen, steht ihnen somit nicht das Recht zu, von sich aus dienstliche Aufträge zu erteilen. Sie bedürfen dazu einer Ermächtigung des Verwaltungsleiters, da die Beauftragung bestimmter Gemeindebediensteter kraft der dem Verwaltungsleiter zustehenden inneren Organisationsgewalt zu den ihm vorbehaltenen Aufgaben gehört ⁵⁾. Nur der ständige allgemeine Vertreter bedarf einer solchen Ermächtigung nicht ⁶⁾. Sieht die Gemeindeverfassung die Übertragung der Beauftragungsbefugnis nicht ausdrücklich vor, so kann der Verwaltungsleiter gleichwohl mit der dienstlichen Beauftragung das Recht verbin-

1) Schlempp 33; Muntzke-Schlempp 763; Berkenhoff 163; Diekamp 133.

2) Kunze-Schmid § 53 Erl. I 1; Surén-Loschelder § 35 Erl. 4.

3) Kunze-Schmid § 53 Erl. I 1; Berroth 43; a.A. Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 2; der innerdienstliche Auftrag und die nach außen wirkende Vertretungsmacht decken sich in vollem Umfange.

4) § 53 I 2 bwGemO; § 51 III 2 nwGemO; § 71 II 3 schlhGemO.

5) Vgl. 1. Rd.Erl. zu § 53 bwGemO; Galette-Laux § 71 Erl. 4; Wolff VwR II § 78 III b; a.A. Nauk: JW 1936, 1573.

6) Schlempp 34; Diekamp 131 Anm. 3; Grosdidier 8; a.A. Kunze-Schmid § 53 Erl. I 2.

den, daß der Mandatar innerhalb seines Geschäftskreises andere Gemeindebedienstete beauftragen kann ¹⁾.

Nimmt der Verwaltungsleiter die Beauftragungsbefugnis zurück, verliert auch derjenige, dem auf ihrer Grundlage ein dienstlicher Auftrag erteilt war, seine Vertretungsmacht, da er keine organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit mehr ausübt ²⁾. Der Verwaltungsleiter ist aber auch befugt, ohne dem Mandatar die Ermächtigung zu dienstlichen Beauftragungen generell zu entziehen, die von diesem einem anderen eingeräumten Vertretungszuständigkeiten dadurch zum Erlöschen zu bringen, daß er den ausgesprochenen dienstlichen Auftrag widerruft ³⁾. Umgekehrt können aber die mit Beauftragungsbefugnis ausgestatteten Personen nicht die Vertretungszuständigkeit der vom Verwaltungsleiter Beauftragten zum Erlöschen bringen, da sie den vom Verwaltungsleiter erteilten dienstlichen Auftrag nicht widerrufen können ⁴⁾. Mit der Ermächtigung zur selbständigen Beauftragung anderer Gemeindebediensteter ist nämlich zwar das Recht verbunden, die von ihnen selbst ausgesprochenen dienstlichen Aufträge zu widerrufen, nicht jedoch auch die vom Verwaltungsleiter erteilten Aufträge ⁵⁾.

5. Der Amtsauftrag kann ebenso wie die Ermächtigung zur Erteilung des dienstlichen Auftrages formlos, sogar schlüssig ⁶⁾ erfolgen. Dies gilt auch für den jederzeit möglichen Widerruf.

Beim Widerruf eines dienstlichen Auftrages finden nicht die Rechtsgedanken der §§ 170 - 174 BGB Anwendung, da dem der

1) Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 4; s.a. Berroth 47.

2) Berkenhoff 163; Schlempp 35; Lünenbürger 89; Steinweg 11; a.A. Diekamp 131 f; Kunze-Schmid § 53 Erl. I 2.

3) Berkenhoff 163; Diekamp 132; Schlempp 35; Surén-Loschelder § 35 Erl. 4.

4) Berkenhoff 163; Schlempp 35; Diekamp 132.

5) Nauk: JW 1936, 1574; Schlempp 35.

6) Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 4.

zwingende Charakter der Zuständigkeitsregelung entgegensteht ¹⁾.

6. Wer als Beauftragter für eine Gemeinde tätig wird, zeichnet im Schriftverkehr "Im Auftrage" (I.A.). Dies gilt auch dann, wenn ein ständiger Sondervertreter oder ein allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfall mit der Wahrnehmung bestimmter (außerhalb seines Geschäftskreises liegender) Aufgaben beauftragt wird ²⁾.

c) Die Vertreter kraft rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung

1. Bei der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen können sich die Gemeinden nicht nur durch organschaftliche Vertreter, sondern auch durch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Personen nach außen vertreten lassen. Nach geltendem Recht ist eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung sogar notwendig, da sonst die Gemeinden sog. Anwaltsprozesse (vgl. § 78 ZPO) nicht führen könnten. Ausdrücklich geregelt ist die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung nur in Baden-Württemberg ³⁾. Mittelbar ergibt sie sich für die meisten Gemeindeverfassungen aus den besonderen Vorschriften für Vollmachten zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen ⁴⁾.

1) Eckhardt 74; Diekamp 134; Lünenbürger 89 Anm. 230; Nauk: JW 1936, 1574; a.A. Muntzke-Schlempp 763; Kunze-Schmid § 53 Erl. I 6; Schlempp 34; Surén-Loschelder § 35 Erl. 4.

2) 1. RdErl. zu § 53 bwGemO; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 4; Lüersen-Neuffer § 61 Erl. 15; Kottenberg § 51 Erl. V; Berkenhoff 163; Galette-Laux § 49 Erl. 5 a.

3) § 53 II bwGemO.

4) § 71 II 3 heGemO; § 63 III 1 ndsGemO; § 56 IV nwGemO; § 56 II rhpfSVG; §§ 50 III 1, 61 III 1, 57 III 1 schlhGemO. Der Begriff "ausdrücklich Beauftragter" in § 71 II 3 heGemO ist mißverständlich, da nur dem "rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten" eine Vollmacht erteilt wird. Der "ausdrücklich Beauftragte" kann eine Legitimationsurkunde besitzen, vgl. Lünenbürger 97. Mißverständlich ist auch Art. 38 II 3 bayGemO. Wenn dort von "Vollmacht" gesprochen wird, so ist nur die Legitimationsurkunde des nach Art. 39 II bayGemO dienstlich Beauftragten gemeint. In Bay ist die rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung daher auch nicht mittelbar geregelt, vgl. Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 5; Art. 38 Erl. 7; Hölsel Art. 38 Erl. 5; Steinweg 12 Anm. 6; a.A. Wolff VwR II § 87 III a 3; Berroth 47 Anm. 5; Gönnerwein 347 Anm. 27; unklar Massen Art. 38 Erl. 11.

Die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung bestimmter Personen ist aber auch dann zulässig, wenn die Gemeindeverfassungen die Bevollmächtigung noch nicht einmal mittelbar regeln, so in Bayern, Bremerhaven, in Hessen bei Gemeinden mit Bürgermeisterverfassung und im Saarland. Dies folgt schon aus der Eigenschaft der Gemeinde als juristische Person. Danach kann die Gemeinde wie jedes andere Rechtssubjekt durch ihre Organwalter einem Dritten die Befugnis erteilen, in ihrem Namen privatrechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben ¹⁾.

Durch die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung wird dem Stellvertreter keine organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt, sondern Vertretungsmacht. Er steht daher bei seinem Handeln nicht für die Gemeinde, sondern an Stelle der Gemeinde.

2. Hinsichtlich des Kreises der zu bevollmächtigenden Personen geben die Gemeindeverfassungen keinerlei Einschränkungen. Bevollmächtigt werden kann daher jede beliebige Person ²⁾, soweit sie zumindest beschränkt geschäftsfähig ist, § 165 BGB. Meist wird es sich dabei um außerhalb der gemeindlichen Verwaltungsorganisation stehende Dritte handeln, etwa um Rechtsanwälte, Grundstücksmakler oder auch um Mitglieder der Gemeindevertretung ³⁾, da dieser Personenkreis nicht schon wie die Ersatzwalter und Mandatäre zur organschaftlichen Vertretung der Gemeinde berufen ist.

1) Lünenbürger 96; Eckhardt 75; Kunze-Schmid § 53 Erl. II 1; s.a. Steinweg 12; Berroth 48.

2) Eine Dienststelle der Gemeindeverwaltung, etwa "das Grundstücksamt" kann nicht bevollmächtigt werden, vgl. Schlempp 37; Lünenbürger 96; Kunze-Schmid § 53 Erl. II 1; Muntzke-Schlempp 764.

3) Kunze-Schmid § 53 Erl. II 2; Muntzke-Schlempp 764; Kottenberg § 56 Erl. IV; Zuhorn-Hoppe 289; Surén-Loschelder § 35 Erl. 5.

Aber auch Gemeindebedienstete ¹⁾, also Beamte (auch Beigeordnete), Angestellte und Arbeiter, können bevollmächtigt werden, soweit sie nicht schon kraft Gemeindeverfassung oder innerorganisatorischen Amtsauftrag organschaftliche Außenvertretungszuständigkeiten wahrnehmen ²⁾. Eine Bevollmächtigung dieser Personen kommt danach nur dann in Frage, wenn z.B. ein ständiger Sondervertreter außerhalb seines Arbeitskreises oder ein Gemeindebediensteter über seinen dienstlichen Auftrag hinaus für die Gemeinde tätig werden soll.

3. Auch zu der Frage, wer zur Erteilung der Vollmacht befugt ist, enthalten die Gemeindeverfassungen mit Ausnahme der von Baden-Württemberg keine besonderen Regelungen.

Zur Vollmachtserteilung sind daher zunächst die Verwaltungsleiter ³⁾ - in Hessen der Magistrat - und ihre (ständigen) allgemeinen Vertreter (im Verhinderungsfalle) berufen ⁴⁾. Darüberhinaus sollen nach überwiegender Ansicht aber auch die ständigen Sondervertreter im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgabenbereiche Vollmacht erteilen können, soweit sich der Verwaltungsleiter nicht das Recht zur Bestellung von Bevollmächtigten bei der Geschäftsverteilung ausdrücklich vorbehalten

1) Schlempp 36; Kunze-Schmid § 53 Erl. II 2; Kottenberg § 56 Erl. IV; Bohley: BayBm 1953, 269; a.A. Hild 35: nur sonstige, außerhalb der Gemeindeorganisation stehende Personen, nicht Beamte und Angestellte; s.a. Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 4; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 5; Lünenbürger 97 und Berkenhoff 164 halten eine Bevollmächtigung von Gemeindebediensteten für wenig sinnvoll, lehnen sie jedoch nicht ab.

2) Lünenbürger 96; Bohley: BayBm 1953, 269; Kunze-Schmid § 53 Erl. II 2.

3) In NW ist grds. auch die Gemeindevertretung berufen, da auch ihr die Außenvertretungszuständigkeit zusteht, vgl. Diekamp 136; Zuhorn-Hoppe 289.

4) § 53 II 1 bwGemO; Kunze-Schmid § 53 Erl. II 2; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 5; Bohley: BayBm 1953, 269; Berkenhoff 164; Diekamp 136; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 4.

hat ¹⁾. Dieses Recht der ständigen Sondervertreter wird aus der grundsätzlichen Unbeschränktheit ihres Arbeitsgebietes gefolgert.

Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend. Die Befugnis des Verwaltungsleiters, Dritte rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen, ist Ausfluß der ihm allein obliegenden inneren Organisationsgewalt ²⁾. Genauso, wie nur der Verwaltungsleiter amtliche, auf die Außenvertretung bezogene Weisungen erteilen kann, steht auch ihm allein das Recht der Vollmachtserteilung zu. Zwar ersetzen die ständigen Sondervertreter den Verwaltungsleiter umfassend und unbeschränkbar in den ihnen übertragenen Arbeitsgebieten. Die Zuweisung der Arbeitsgebiete räumt ihnen jedoch nur organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeiten hinsichtlich sachlicher Entscheidungen und der Außenvertretung ein, nicht aber Befugnisse, die dem Verwaltungsleiter kraft der inneren Organisationsgewalt zustehen. Die ständigen Sondervertreter müssen daher zur Vollmachtserteilung genauso ermächtigt werden wie zur dienstlichen Beauftragung. Ohne diese Ermächtigung sind sie zur Erteilung einer Vollmacht nicht befugt ³⁾. Die Gemeindeordnung von Baden-Württemberg, die die Erteilung der Vollmacht ausdrücklich regelt, bestimmt dementsprechend auch, daß der Verwaltungsleiter die Befugnisse zur Vollmachtserteilung auf die ständigen Sondervertreter für deren Geschäftskreis übertragen kann ⁴⁾.

1) Muntzke-Schlemp 764; Nauk: JW 1936, 1575; Steinweg 13. Für NW soll es genügen, daß der Verwaltungsleiter die Befugnis zur Vollmachtserteilung gemäß § 51 II 2 nwGemO an sich zieht, vgl. Diekamp 136; Berkenhoff 164. Dieser Beschluß hat jedoch nach der hier vertretenen Ansicht keine Außenwirkung, vgl. Anm. 4 S. 65.

2) Vgl. Wolff VwR II § 78 III b.

3) Wolff VwR II § 87 III a 3; Lünenbürger 98 ff; a.A. Diekamp 136; Berkenhoff 164; Muntzke-Schlemp 764; Zuhorn-Hoppe 289; Schlemp 37; Nauk: JW 1936, 1574 f; Surén-Loschelder § 35 Erl. 5; Steinweg 13.

4) § 53 II 2 bwGemO.

Auch die kraft dienstlichen Auftrages zur Vertretung der Gemeinde berufenen Personen können eine Bevollmächtigung nur wirksam aussprechen, wenn die Ermächtigung hierzu aus dem dienstlichen Auftrag hervorgeht ¹⁾. Diese Ansicht vertreten auch diejenigen Autoren, die den ständigen Sondervertretern die Befugnis zur Bevollmächtigung ohne Ermächtigung zugestehen. Den Mandataren verwehren sie das gleiche Recht, aber unter Hinweis auf §§ 613, 664, 713 BGB. Die Heranziehung der Auftragsvorschriften ist jedoch unzulässig, da der dienstliche Auftrag mit dem des Bürgerlichen Rechts nur den Namen gemein hat. Die unterschiedliche Behandlung der ständigen Sondervertreter und Mandatare hinsichtlich der Befugnis zur Vollmachtserteilung ist daher nicht gerechtfertigt. Beide benötigen eine ausdrückliche Ermächtigung zur Bevollmächtigung.

Das gleiche gilt auch für die Bevollmächtigten selbst, so daß eine Untervollmacht regelmäßig nicht zulässig ist.

4. Die Vollmacht wird grundsätzlich formlos durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung erteilt ²⁾. Auch im übrigen unterliegt das Verhalten des Stellvertreters bzw. des Vollmachtgebers im vollen Umfange der Beurteilung nach den privatrechtlichen Bestimmungen der §§ 164 ff BGB.

5. Aus den Gemeindeverfassungen ergibt sich, daß der Verwaltungsleiter nur in einzelnen Angelegenheiten, für ein Geschäft

1) Berkenhoff 164; Diekamp 137; Schlempp 37; Steinweg 13; Surén-Loschelder § 35 Erl. 5; Bohley: BayBm 1953, 269; a.A.: Elleringmann: revDGO 76: wer als organschaftlicher Vertreter einer Gemeinde eine Rechtshandlung vornehmen kann, kann auch zu ihr bevollmächtigen; ebenso Eckhardt 75.

2) Die §§ 63 III ndsGemO; 56 IV nwGemO; 50 III, 57 III, 61 III schlhGemO sind irreführend, da man daraus entnehmen könnte, für jede Bevollmächtigung seien die besonderen Voraussetzungen bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen notwendig, so auch Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 4. Wie sich jedoch aus ihrer Stellung im Gesetz ergibt, beziehen sich die genannten Vorschriften lediglich auf die Bevollmächtigung zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen.

oder für einen Kreis von Geschäften rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen kann ¹⁾. Dem Umfang nach sind also nur Einzel- und Gattungsvollmachten zulässig ²⁾. Darüber hinausgehende Generalvollmachten sind zwar im Privatrecht nicht völlig ausgeschlossen, sie werden jedoch, wie allgemein für juristische Personen ³⁾, auch für die Gemeinden nicht als zulässig angesehen, da sie es dem Verwaltungsleiter ermöglichen, die verfassungsmäßig festgelegte organschaftliche Vertretungszuständigkeit durch Rechtsgeschäft auf einen anderen zu übertragen ⁴⁾. Eine gleichwohl erteilte Generalvollmacht ist nichtig ⁵⁾.

Die Abgrenzung zwischen Gattungs- und Generalvollmacht ist dabei dahin zu ziehen, daß die Gattungsvollmacht für einen Kreis von Geschäften ausgesprochen wird, während die Generalvollmacht zur Vornahme aller den bürgerlichen Rechtsverkehr betreffenden Rechtsgeschäfte ermächtigt ⁶⁾. Die Unterscheidung der beiden Vollmachtstypen kann jedoch im einzelnen schwierig sein ⁷⁾. So liegt z.B. eine unzulässige Generalvollmacht vor, wenn ein ständiger Sondervertreter einen Beamten zu allen bürgerlich-rechtlichen Vertretungshandlungen in seinem Arbeits-

1) § 53 II 1 bwGemO; § 71 II 3 heGemO; § 63 III 1 ndsGemO; § 56 IV nwGemO; §§ 50 III 1, 57 III 1, 61 III 1 schlhGemO.

2) 1. RdErl. zu § 53 bwGemO; Muntzke-Schlepp 766; Berkenhoff 164; Diekamp 139; Lünenbürger 103; Schlepp 40; Surén-Loschelder § 35 Erl. 5.

3) Vgl. etwa für die GmbH: RG, Urt. v. 24.2.1915 RGZ 86, 265; BGH, Urt. v. 12.12.1960 MDR 1961, 208; s.a. RG, Urt. v. 17.2.1912 JW 1912, 527.

4) Schlepp 40; Diekamp 139; Elleringmann: revDGO 76; Lünenbürger 103; Zuhorn-Hoppe 290.

5) Kunze-Schmid § 53 Erl. II 3; KG, Beschl. v. 23.7.1936 JW 1936, 3136.

6) Vgl. zur Abgrenzung: KG, Beschl. v. 23.7.1936 JW 1936, 3136

7) Der 1. RdErl. zu § 53 bwGemO ordnet wohl deswegen auch an, daß Gattungsvollmachten nur ausnahmsweise erteilt werden sollen.

gebiet bevollmächtigt ¹⁾. Als zulässige Gattungsvollmacht gilt dagegen die Bevollmächtigung zu Angelegenheiten, die den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken sowie die Eintragung von Grunddienstbarkeiten betreffen ²⁾.

d) Die Vertreter in Sonderfällen

In der Regel werden die Gemeinden bei der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen durch die vorgenannten Personen nach außen vertreten. Für bestimmte Sonderfälle sehen die Gemeindeverfassungen jedoch abweichende Regelungen vor.

1. Die Ersatzvornahme

a₁) Erfüllt eine Gemeinde die ihr nach dem Gesetz obliegenden Pflichten und Aufgaben nicht, kann die (Kommunal-, Rechts-) Aufsichtsbehörde anordnen, daß die Gemeinde innerhalb einer bestimmten Frist das Erforderliche veranlaßt. Kommt die Gemeinde der aufsichtsbehördlichen Anordnung nicht nach, so steht der Aufsichtsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen das Recht zu, im Wege der Ersatzvornahme an Stelle und auf Kosten der Gemeinde einzelne Angelegenheiten selbst durchzuführen ^{3), 4)}.

b₁) Da die Ersatzvornahme einen weitgehenden Eingriff der Aufsichtsbehörde in die Rechte der Gemeinde bedeutet, sind

1) Lünenbürger 104.

2) KG, Beschl. v. 23.7.1936 JW 1936, 3136.

3) § 123 bwGemO; Art. 113 bayGemO; § 95 brhVStVerf; § 140 heGemO; § 130 ndsGemO; § 109 nwGemO; § 126 rhpfSVG; § 125 saarlKSVG; § 125 schlhGemO.

4) Zu den Pflichten und Aufgaben der Gemeinde, auf die sich das Anordnungs- bzw. Ersatzvornahmerecht bezieht, vgl. § 125 III rhpfSVG; 1. VwVO zu § 109 nwGemO; AB zu § 130 ndsGemO; AAnw. zu § 110 DGO.

gewisse formelle Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Maßnahme zu beachten. So kann die Aufsichtsbehörde nur dann im Wege der Ersatzvornahme vorgehen, wenn zuvor eine Anordnung zur Vornahme einer bestimmten Handlung ergangen und diese Anordnung durch die Gemeinde ganz oder teilweise nicht erfüllt worden ist. Weitere Voraussetzung ist die Unanfechtbarkeit der Anordnung, es sei denn, die sofortige Vollziehung nach § 80 II Ziff. 4 VwGO wäre ausdrücklich bestimmt ¹⁾. Schließlich muß die für die Durchführung der Anordnung gesetzte angemessene Frist abgelaufen sein. Außerdem muß die Ersatzvornahme zuvor idR noch einmal schriftlich angedroht werden ²⁾.

Hat die Aufsichtsbehörde die Anordnung erlassen und sind die sonstigen Voraussetzungen für die Ersatzvornahme gegeben, so wird die Aufsichtsbehörde diese grds. auch durchführen. Aus der Anordnung (und der Androhung der Ersatzvornahme) ergibt sich jedoch - mit Ausnahme von Bayern ³⁾ - keine Pflicht der Aufsichtsbehörde, ihre Anordnungen im Wege der Ersatzvornahme durchzusetzen. Sie kann vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen von der Durchführung der Ersatzvornahme absehen ⁴⁾.

c₁) Erfüllt eine Gemeinde die Anordnungen der Aufsichtsbehörde innerhalb der festgesetzten Frist nicht, verwirkt sie in diesem konkreten Fall ihr Recht auf eigenes und selbstverantwortliches Handeln. Sie muß dann zulassen, daß die Aufsichtsbehörde bei der Beschlußfassung über die angeordnete Maßnahme an ihre Stelle tritt. Vollzieht die Gemeinde auch den im Wege

-
- 1) 1. Rd.Erl. zu § 123 bwGemO; Kunze-Schmid § 123 Erl. 2; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 126 Erl. 3; Helmreich-Widtmann Art. 113 Erl. 1; Hölzl Art. 113 Erl. 3.
 - 2) 1. Rd.Erl. zu § 123 bwGemO; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 126 Erl. 3; AAnw. zu § 111 DGO; Muntzke-Schlemp 1145; Lünenbürger 117.
 - 3) Art. 113 bayGemO; Helmreich-Widtmann Art. 114 Erl. 2; Hölzl Art. 113 Erl. 1.
 - 4) Kottenberg § 109 Erl. III; Kunze-Schmid § 123 Erl. 3; Zuhorn-Hoppe 319; Surén-Loschelder § 111 Erl. 2.

der Ersatzvornahme zustande gekommenen Beschluß nicht, trifft die Aufsichtsbehörde auch die weiteren notwendigen Maßnahmen, einschließlich der Vertretung der Gemeinde nach außen. Die Aufsichtsbehörde ist aber auch dann zur Vertretung der Gemeinde nach außen im Wege der Ersatzvornahme berufen, wenn die Gemeindevertretung den zur Erfüllung der Anordnung notwendigen Beschluß zwar gefaßt hat, der Verwaltungsleiter diesen Beschluß jedoch nicht vollziehen will.

d₁) Ist bei der Ersatzvornahme die Durchführung der angeordneten Maßnahme mit einem Akt der Außenvertretung verbunden, so handelt die Aufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde mit unmittelbarer Wirkung für und gegen sie ¹⁾. Das an sich nach den Gemeindeverfassungen zur Außenvertretung zuständige Gemeindeorgan wird unter Beibehaltung seiner Organstellung im Umfange der zu treffenden Maßnahmen ausgeschaltet und durch die Aufsichtsbehörde ersetzt ²⁾. Die Aufsichtsbehörde handelt dabei als Staatsorgan kraft eigener gesetzlicher Zuständigkeit, ohne Organ der Gemeinde zu werden ³⁾. Die Rechtsfolgen des aufsichtsbehördlichen Handelns werden jedoch der Gemeinde kraft objektiven Rechts zugeordnet, so als handle die Aufsichtsbehörde in gesetzlicher Vertretung der Gemeinde (sog. Aufsichtsvertretung) ⁴⁾. Im Wege der Ersatzvornahme kann die Aufsichtsbehörde jede rechtserhebliche Erklärung für die Gemeinde abgeben sowie jedes private wie auch öffentliche Recht mit voller Wirksamkeit für die Gemeinde und für Dritte ausüben ⁵⁾. Die rechtserheblichen Erklärungen sind dabei nicht im Namen des Organs Verwaltungsleitung, sondern in den für die Aufsichtsbehörde maßgebenden Ausfertigungsformen, aber unter einwandfreier Klar-

1) Wolff VwR II § 74 II d 4; Muntzke-Schlempp 1146.

2) Muntzke-Schlempp 1145; Kottenberg § 109 Erl. III; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 126 Erl. 2.

3) Nauk: JW 1936, 1571; Diekamp 38, 124; Schlempp 47; Lünenbürger 115; Berkenhoff 216; Muntzke-Schlempp 1145; Doppelstellung der Aufsichtsbehörde als Dienststelle des Staates und zugleich als Ersatzorgan der Gemeinde.

4) 1. RdErl. zu § 123 bwGemO; Kunze-Schmid § 123 Erl. 5; Hölzl Art. 113 Erl. 1; Helmreich-Widtmann Art. 113 Erl. 4; Lüersen-Neuffer § 130 Erl. 3.

5) 1. RdErl. zu § 123 bwGemO; 1. VwVO zu § 109 nwGemO; § 49 I DVO zu § 125 schlhGemO; AAnw. zu § 111 DGO.

stellung der aufsichtsbehördlichen Vertretung der Gemeinde abzugeben ¹⁾.

Da die Aufsichtsbehörde als Staatsorgan bei der Ersatzvornahme im Bereiche der Außenvertretung grds. in die Wahrnehmung der Zuständigkeiten des ausgeschlossenen Außenvertretungsorgans eintritt, unterliegt sie den gleichen Bindungen und Beschränkungen, die für das Organ bei der betreffenden Erklärung bestehen würden ²⁾.

e₁) Die Aufsichtsbehörde muß die Vertretung der Gemeinde nach außen bei der Ersatzvornahme idR selbst durchführen, so insbesondere bei allen hoheitlichen Maßnahmen mit Wirkung nach außen. Handelt es sich jedoch um Maßnahmen, die auch die Gemeinde durch einen Dritten durchführen lassen könnte (z.B. Anfertigung von Plänen oder Gutachten), so kann kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ³⁾ die Aufsichtsbehörde die Durchführung der angeordneten Maßnahme auch einem Dritten übertragen ⁴⁾. Der Dritte ist idR nicht zu rechtsgeschäftlichem Handeln berufen, sondern **wird nur kraft Auftrages, Werk- oder Dienstvertrages zu bestimmten Leistungen** (z.B. zur Anfertigung von Plänen und Gutachten) verpflichtet ⁵⁾. Darüber hinaus kann die Aufsichtsbehörde im Rahmen der Ersatzvornahme den

1) Schlempp 47; Berkenhoff 216; Kottenberg § 109 Erl. III; 1. RdErl. zu § 123 bwGemO; Erklärungen müssen im Namen der Gemeinde abgegeben werden.

2) 1. RdErl. zu § 123 bwGemO; Kunze-Schmid § 123 Erl. 5; Helmreich-Widtmann Art. 113 Erl. 4; Muntzke-Schlempp 1145; Kottenberg § 109 Erl. III; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 126 Erl. 2; Galette-Laux § 125 Erl. 1 c; Surén-Loschelder § 111 Erl. 2 c.

3) In Bay ist die Übertragung auf einen Dritten zwar nicht vorgesehen, doch kann sich die Aufsichtsbehörde auch hier der Dienste eines Dritten bedienen, vgl. Masson Art. 113 Erl. 9.

4) § 123 bwGemO; § 95 brhvStVerf; § 140 heGemO; § 109 nwGemO; § 126 rhpfSVG; § 125 saarlKSVG; § 125 schlhGemO.

5) Lünenbürger 118.

Dritten ¹⁾ jedoch auch durch rechtsgeschäftliche Vollmacht ²⁾ ermächtigen, die Gemeinde nach außen zu vertreten. Der von der Aufsichtsbehörde bevollmächtigte Dritte erlangt die gleiche Rechtsstellung wie ein vom Verwaltungsleiter bevollmächtigter Stellvertreter der Gemeinde ³⁾. Die Rechtsfolgen der Vollmachtserteilung durch die Aufsichtsbehörde werden also der Gemeinde zugeordnet.

2. Die Bestellung eines Staatsbeauftragten

a₁) Wenn und solange die Befugnisse der (Kommunal-, Rechts-) Aufsichtsbehörde zur Ersatzvornahme und auch ihre sonstigen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gemeinde nicht ausreichen, die Gesetzmäßigkeit und den geordneten Gang der Verwaltung vor (erheblichen) Störungen zu sichern, so können in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz die untere ⁴⁾, in Hessen und Niedersachsen die obere Aufsichtsbehörde ⁵⁾, in Nordrhein-Westfalen, im Saarland und in Schleswig-Holstein der Innenminister ⁶⁾ und in Bremerhaven der Senat als Landesregierung ⁷⁾ an Stelle jedes Gemeinde-Organwalters oder aller Organwalter einen Staatsbeauftragten (den sog. Staatskommissar) bestellen, der alle

-
- 1) Dritter kann auch ein Gemeindebediensteter sein, der dann aber nicht den Weisungen des Verwaltungsleiters, sondern denen der Aufsichtsbehörde unterliegt, vgl. Lünenbürger 118.
 - 2) Der Dritte ist rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Vertreter und nicht wie der dienstlich Beauftragte etwa Walter des Außenvertretungsorgans, vgl. Lünenbürger 118; Diekamp 125; Schlempp 49; Eckhardt 77; Göbel § 123 Erl. 4; a.A. Kunze-Schmid § 124 Erl. 5.
 - 3) Muntzke-Schlempp 1147; Eckhardt 77; unklar Kunze-Schmid § 123 Erl. 7; Steinweg 15.
 - 4) § 124 bwGemO; § 127 rhpfSVG.
 - 5) § 141 heGemO; § 131 ndsGemO.
 - 6) § 110 nwGemO; § 126 saarlKSVG, § 127 schlhGemO.
 - 7) § 96 brhvStVerf.

oder einzelne Aufgaben der Gemeinde oder eines Gemeindeorgans auf Kosten der Gemeinde wahrnimmt ¹⁾.

Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regelung macht lediglich Art. 114 I bayGemO. Danach kann die untere Aufsichtsbehörde nämlich nur den Bürgermeister ermächtigen ²⁾. Weigert sich der Bürgermeister oder kann er wegen persönlicher Beteiligung nicht ermächtigt werden ³⁾, so bestimmt das Staatsministerium des Inneren die Aufsichtsbehörde zum Handeln für die Gemeinde, Art. 114 II bayGemO. Die Aufsichtsbehörde tritt an die Stelle von Gemeindevertretung und Bürgermeister. Sie kann sich der Hilfe Dritter bedienen ⁴⁾.

b₁) Die Bestellung eines Staatsbeauftragten ist als umfassendstes und weitgehendstes Mittel der Kommunalaufsicht und als schwerster Eingriff in die Selbstverwaltung an besonders enge Voraussetzungen gebunden. Sie kommt nur in Betracht, wenn die Gesetzmäßigkeit und der geordnete Gang der Verwaltung ⁵⁾ es erfordern ⁶⁾, z.B. weil schwere Erschütterungen des Gemeindelebens oder erhebliche Beeinträchtigungen des Wohles der höheren Gemeinschaft zu befürchten sind ⁷⁾. Voraussetzung für die Einsetzung der Staatsbeauftragten ist weiter, daß die Befugnisse der Aufsichtsbehörde zur Ersatzvornahme und auch ihre sonstigen Einwirkungsmöglichkeiten nicht ausreichen. Diese

1) Vgl. § 112 DGO, mit dem die genannten Bestimmungen weitgehend übereinstimmen.

2) Masson Art. 114 Erl. 6; Helmreich-Widtmann Art. 114 Erl. 4.

3) Vgl. VGH Bay, Urt. v. 23.2.1959 Bay VGHE n.F. 12, 18.

4) Helmreich-Widtmann Art. 114 Erl. 5.

5) Dies gilt entgegen dem Wortlaut des § 110 nwGemO auch in NW, vgl. Kottenberg § 110 Erl.; Arens: Gem 1964, 8.

6) Pagenkopf 230; Gönnerwein 190.

7) AAnw. zu § 112 DGO; Kunze-Schmid § 124 Erl. 2 a; Muntzke-Schlempp 1150; Lüersen-Neuffer § 131 Erl. 1.

übrigen Aufsichtsmittel müssen aber nicht unbedingt schon vergeblich eingesetzt worden sein ¹⁾, es kann u.U. genügen, daß sie nach pflichtgemäßer Beurteilung durch die Aufsichtsbehörde keinen ausreichenden Erfolg versprechen ²⁾.

c₁) Der Staatsbeauftragte nimmt im Rahmen seines Auftrages alle oder einzelne Aufgaben der Gemeinde oder eines Gemeindeorgans wahr. In erster Linie wird er dabei zur Wahrnehmung von Aufgaben der Gemeindevertretung eingesetzt werden, doch kann er auch zur Wahrnehmung von Aufgaben des Verwaltungsleiters, des Kämmerers oder des Kassenverwalters berufen sein ³⁾. Wird der Staatsbeauftragte mit der Wahrnehmung der Zuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung betraut, so kann dazu je nach der Aufsichtsverfügung auch das Recht gehören, die Gemeinde nach außen zu vertreten ⁴⁾.

d₁) Der Staatsbeauftragte, der im Rahmen seines Auftrages mit der Wahrnehmung aller oder einzelner im Auftrag besonders bezeichneter Zuständigkeiten eines monokratischen oder auch kollegialen Gemeindeorgans betraut wird, erlangt durch die Aufsichtsverfügung über seine Bestellung und den ihm von der Aufsichtsbehörde kraft ihrer eigenen gesetzlichen Zuständigkeit erteilten Auftrag die Stellung eines außerordentlichen Organwalters desjenigen Gemeindeorgans, dessen Waltung er vorüber-

1) In den Gemeindeverfassungen heißt es "nicht ausreichen" und nicht "nicht ausgereicht haben".

2) 1. RdErl. zu § 124 bwGemO; Kunze-Schmid § 124 Erl. 2 b; Kottenberg § 110 Erl.; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 2; Muntzke-Schlemp 1151; Zuhorn-Hoppe 319; AAnw. zu § 112 DGO.

3) Diekamp 126; Rauball § 110 Erl. 3; Arens: Gem 1964, 8; Korte: SKV 1965, 217; Kottenberg § 110 Erl.; Muntzke-Schlemp 1150; s.a. Elleringmann: Grundlagen 77: die Berufung an Stelle von untergeordneten Gemeindebediensteten, also auch an Stelle der sonstigen Beigeordneten, ist unzulässig.

4) Diekamp 127; Kunze-Schmid § 124 Erl. 4; Zuhorn-Hoppe 320; Althaus: Recht 194.

gehend und kommissarisch übernimmt. Wird er mit der Waltung mehrerer Gemeindeorgane beauftragt, nimmt er die im Auftrag bezeichneten Wahrnehmungszuständigkeiten eines jeden Organs wahr. Der Staatsbeauftragte ist dann außerordentlicher Organwalter der bezeichneten Gemeindeorgane ¹⁾. Die regulären Organwalter, die sonst zur Wahrnehmung der im Auftrag bezeichneten Organzuständigkeiten berufen sind, schaltet der Staatsbeauftragte im Rahmen seines Auftrages aus und ersetzt sie; die originären Organwalter verlieren insoweit ihre Handlungs- und Vertretungsberechtigung ²⁾. Der Staatsbeauftragte übt statt der ausgeschalteten regulären Organwalter nur die im Auftrag ausdrücklich bezeichneten Wahrnehmungszuständigkeiten des Organs aus, im übrigen hat er sich in die Organisation der Gemeinde einzufügen. Als außerordentlicher Organwalter des durch ihn irregulär besetzten Gemeindeorgans ist der Staats-

-
- 1) Die Stellung des staatlichen Beauftragten zur Gemeinde ist im Kommunalrecht strittig. Der hier vertretenen Meinung folgen: Wolff VwR II § 77 II d 4; Eckhardt 78. Ähnlich, jedoch ohne Unterscheidung von Organ und Organwalter: Laux: SVw 1954, 12; VGH Bad, Urt. v. 23.8.1950 VwRSpr 4, 197 ff m. Anm. v. Maunz; Diekamp 126; Kottenberg § 110 Erl.; Fröhner-Bran 214; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 5; Althaus: Recht 194; Schneider 135; Peters 322 Anm. 1; Lindemann § 131 Erl. 1; vgl. auch Pagenkopf 230; Zuhorn-Hoppe 320; Lüersen-Neuffer § 131 Erl. 2; Berkenhoff 217; Galette-Laux § 127 Erl. 1 e; Arens: Gem 1964, 9; Lauritzen § 127 Erl. 3; Rauball § 110 Erl. 5: kein eigentliches Organ der Gemeinde; s.a. die Ausdrucksweise der Gemeindeverfassungen: der Beauftragte hat im Rahmen seines Auftrags die Stellung eines Organs der Gemeinde, so § 96 brhvStVerf; § 131 nds-GemO; § 110 nwGemO; § 127 schlhGemO; - Als Organ des Staates wird der Staatsbeauftragte angesehen von Nauk: JW 1936, 1571; Elleringmann: Grundlagen 77; Korte: SKV 1965, 246; Schlempp 47; Lünenbürger 115; Suren-Loschelder § 112 Erl. 5 c; Schmitt 294 ff; Janzen 95/96 - 98; Kunze-Schmid § 124 Erl. 5 und Muntzke-Schlempp 1148 räumen dem Staatsbeauftragten eine Doppelstellung ein, er sei Organ des Staates und zugleich Ersatzorgan der Gemeinde.
- 2) § 126 II saarlKSVG; 1. RdErl. zu § 124 bwGemO; Kunze-Schmid § 124 Erl. 4; Muntzke-Schlempp 1149; Kottenberg § 110 Erl.; Suren-Loschelder § 112 Erl. 5 c; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 5; s.a. Lünenbürger 120.

beauftragte aber gleichwohl an die Weisungen der Aufsichtsbehörde gebunden ¹⁾. Das Handeln des Staatsbeauftragten wird als Organwalterverhalten dem einzelnen Gemeindeorgan und endgültig der juristischen Person Gemeinde zugerechnet. Seine Handlungen haben daher die gleiche unmittelbare Wirkung für und gegen die Gemeinde wie die der ausgeschalteten regulären Gemeindeorganwalter. Er unterliegt den gleichen gesetzlichen Bindungen wie die durch ihn ersetzten Organwalter des betreffenden Gemeindeorgans ²⁾. Nimmt der Staatsbeauftragte daher im Rahmen seines Auftrages die Außenvertretungszuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung wahr, so muß er bei der Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen im Schriftverkehr unter der Amtsbezeichnung Verwaltungsleitung (Bürgermeister, Gemeindedirektor) mit einer der Klarstellung seiner Rechtsstellung als Staatsbeauftragter dienenden Kennzeichnung unterschreiben ³⁾.

e₁) Wen die Aufsichtsbehörde zum Staatsbeauftragten bestellt, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. In der Regel wird sie einen Landesbeamten beauftragen. Sie kann sich jedoch auch für einen Gemeindebeamten, einen Beamten des Landkreises oder einen außenstehenden Dritten entscheiden ⁴⁾. Für außenstehende Dritte und Gemeindebeamte besteht keine Verpflichtung, den Auftrag anzunehmen; das gleiche gilt für Gemeindebürger ⁵⁾.

1) Kottenberg § 110 Erl.; Muntzke-Schlemp 1149; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 5; Galette-Laux § 127 Erl. 1 h; Gönnewein 192.

2) Lüersen-Neuffer § 131 Erl. 2; Muntzke-Schlemp 1148; Kunze-Schmid § 124 Erl. 4.

3) Diekamp 127; Eckhardt 78; Muntzke-Schlemp 1149; Schneider 135; a.A. Schlemp 49; Lünenbürger 120; Kunze-Schmid § 124 Erl. 5; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 5.

4) 1. RdErl. zu § 124 bwGemO; Arens: Gem 1964, 9; Korte: SKV 1965, 246; Muntzke-Schlemp 1151; Galette-Laux § 127 Erl. 1 f.

5) Kunze-Schmid § 124 Erl. 5; a.A. bezgl. der Gemeindebürger Arens: Gem 1964, 9 f; Göbel § 124 Erl. 3.

§ 6 Die Außenvertretung bei der Abgabe allgemeiner, verpflichtender privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen

I. Die gesetzlichen Bestimmungen

Bei der Abgabe allgemeiner privatrechtlicher Verpflichtungserklärungen sind die Gemeinden an die Beachtung bestimmter, in den einzelnen Gemeindeverfassungen unterschiedlich festgelegter Verfahrensweisen und Förmlichkeiten gebunden.

a) Besondere Vorschriften für die Abgabe verpflichtender Erklärungen finden sich bereits in § 56 Ziff. 8 der Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 (PrStO 1853) ¹⁾ und in § 88 IV Ziff. 7 der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 3. Juli 1891 (PrLGO 1891) ²⁾.

In § 56 Ziff. 8 PrStO 1853 heißt es:

" Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Stadtgemeinde von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter gültig unterzeichnet; werden in denselben Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen, so muß die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen, ... "

Entsprechend lautete § 88 IV Ziff. 7 PrLGO 1891:

" ... Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, müssen ... im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein. "

Bestimmungen gleichen oder zumindest ähnlichen Inhalts wurden in der Folgezeit in fast alle Gemeindeverfassungen des damaligen Deutschen Reiches übernommen. Im Jahre 1931 waren

1) GS. S. 261.

2) GS. S. 233.

allein 41 verschiedene Städte-, Gemeinde- und Landgemeindeordnungen in Kraft ¹⁾. Mit Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 ²⁾ wurde diese unübersehbare Vielfalt zugunsten einer reichseinheitlichen Regelung aufgegeben.

§ 36 II DGO bestimmte:

" Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, bedürfen der schriftlichen Form. Sie sind unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters handschriftlich zu unterzeichnen. Im Falle der Vertretung des Bürgermeisters muß die Erklärung durch zwei vertretungsberechtigte Beamte oder Angestellte unterzeichnet werden. "

b) 1. Auch die nach 1945 neu erlassenen Gemeindeverfassungen fordern übereinstimmend, daß Verpflichtungserklärungen schriftlich abgegeben werden müssen ³⁾. Für die Abfassung des Textes dieser Erklärungen genügt jede Art der Schriftlichkeit, insbesondere Schreibmaschinenschrift oder Druck. Die Erklärungen müssen formuliert niedergeschrieben und eigenhändig, handschriftlich unterzeichnet sein. Die Verwendung von Faksimile oder Namensstempeln sowie die bloße Beglaubigung einer gedruckten Unterschrift ist daher nicht zulässig ⁴⁾.

2. Zur Unterzeichnung der schriftlich festgelegten Verpflichtungserklärungen können entweder ein Organwalter (Einzelverwaltung) ⁵⁾ oder zwei Organwalter als kollegialische Gesamtvertreter (Gesamtwaltung) ⁶⁾ berufen sein.

1) Vgl. die Aufstellung bei Jellinek 71/72.

2) RGB1 I 49.

3) § 54 I bwGemO; Art. 38 II bayGemO; § 48 Ziff. 8 brhVStVerf; §§ 71 II, 79 IV heGemO; § 63 II ndsGemO; § 56 I nwGemO; § 56 I rhpfSVG; § 57 saarlKSVG; §§ 50 II, 57 II, 61 II schlhGemO.

4) Muntzke-Schlemp 777; Schlemp 82; Berkenhoff 145.

5) § 54 I, II bwGemO; Art. 38 II bayGemO; § 48 Ziff. 8 brhVStVerf; § 56 I rhpfSVG; § 57 saarlKSVG.

6) § 54 II bwGemO; §§ 71 II, 79 IV heGemO; § 63 II ndsGemO; § 56 I nwGemO; §§ 50 II, 57 II, 61 II schlhGemO.

3. Neben der Schriftform verlangen die Gemeindeverfassungen zum Teil noch die Beidrückung des Dienst- (Gemeinde-, Stadt-) Siegels ¹⁾, die Angabe der Amtsbezeichnung der Organwalter ²⁾ und einen das Auftragsverhältnis ³⁾ bzw. das Vertretungsverhältnis des handelnden Organwalters kennzeichnenden Zusatz ⁴⁾. In Bremerhaven und in den hessischen Gemeinden mit Magistratsverfassung müssen die Verpflichtungserklärungen unter der Bezeichnung bzw. im Namen des Magistrats abgegeben werden ⁵⁾, in Nordrhein-Westfalen im Auftrage des Rates ⁶⁾.

II. Der Rechtscharakter dieser Bestimmungen

Der Rechtscharakter der in den einzelnen Gemeindeverfassungen unterschiedlich festgelegten Verfahrensweisen und Förmlichkeiten ist in Rechtsprechung und Rechtslehre zum Kommunalrecht heute ebenso umstritten wie in der Zeit vor Erlass der Deutschen Gemeindeordnung. Ausgangspunkt dieses Streites war und ist die Rechtsfrage, ob seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die genannten Vorschriften als Bestimmungen landesrechtlicher Gemeindeverfassungen gegen Art. 55 EGBGB verstoßen und damit außer Kraft gesetzt sind bzw. keine Wirksamkeit erlangen konnten, soweit die Handlungen auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts erfolgen.

1) §§ 71 II, 79 IV heGemO; § 63 II ndsGemO; § 56 I rhpfSVG; § 57 saarlKSVG; §§ 50 II, 57 II, 61 II schlhGemO.

2) Art. 38 II bayGemO; § 56 I rhpfSVG; § 57 saarlKSVG; die Amtsbezeichnung soll angegeben werden gemäß § 54 III bwGemO; §§ 71 III, 79 V heGemO.

3) §§ 71 III, 79 V heGemO "soll".

4) § 54 III bwGemO "soll"; § 79 V heGemO "soll".

5) § 48 Ziff. 8 brhvStVerf; § 71 I heGemO; s.a. Muntzke-Schlepp 777 f.

6) § 56 I nwGemO.

a) Der Rechtscharakter der Verfahrensweisen

Der Rechtscharakter der erwähnten gemeindeverfassungsrechtlichen Bestimmungen kann insoweit nicht zweifelhaft sein, als sie anordnen, daß Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, von zwei Organwaltern als kollegialische Gesamtvertreter abgegeben werden müssen. Bei diesen Verfahrensweisen handelt es sich eindeutig um Zuständigkeitsregelungen, die die gesetzliche Vertretung der Gemeinde nach außen betreffen¹⁾. Die allgemeine Zuständigkeit des normalerweise zur Wahrnehmung der Außenvertretungszuständigkeit allein berufenen Organwalters wird dadurch eingeschränkt, daß nur zwei Organwalter gemeinschaftlich und kollegialisch die Organzuständigkeit wahrnehmen können. Das Außenvertretungsorgan ist irregulär besetzt. In dem Gebot, daß zwei vertretungsberechtigte Organwalter handschriftlich unterzeichnen müssen (sog. Kollektivunterzeichnung), ist neben der Zuständigkeitsregelung zugleich - theoretisch aber durchaus trennbar - auch eine Bestimmung enthalten, die die Beachtung besonderer Förmlichkeiten vorschreibt²⁾. Verfehlt ist es jedoch, aus diesem Grunde in den Vorschriften über die Kollektivvertretung bzw. -unterzeichnung reine Formvor-

1) Vgl. Nußbaum: ABR 21, 6; Schulze: JW 1937, 84; Römer: DNotZ 1956, 362, Anm. 11; Nicken: SchlHA 1950, 189; Brintzinger: SchlHA 1961, 322; Lutter: MDR 1961, 362; Moll: SKV 1960, 175; Wild: NJW 1955, 694; Steinweg 32; Eckhardt 93, 97; Beitzke: MDR 1953, 2; Diekamp 73, 154; Walz: HBKWP I, 264; Ruffelmacher 234; RdErl. des nwMDI v. 25.6.1964 Wochendienst GTWL 1964, Nr. 126; LG Braunschweig, Beschl. v. 15.11.1956 DNotZ 1957, 323; RG, Urt. v. 1.3.1910 RGZ 73, 73 ff; s.a. Salzwedel: Kommunalrecht 274.

2) Wild: NJW 1955, 693/694; Nicken: SchlHA 1960, 189; Römer: DNotZ 1956, 362; Eckhardt 92/93; Berroth 139 ff; Surén-Loschelder § 36 Erl. 6; a.A. Lutter: MDR 1961, 362; eine Formvorschrift "mehrere Unterschriften" gibt es nicht; s.a. Haegeler: DRPfl 1967, 406.

schriften zu sehen ¹⁾.

Soweit die genannten Vorschriften die Zuständigkeiten zur Vertretung der Gemeinde bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen regeln, gehören sie als organisationsrechtliche Bestimmungen dem öffentlichen (Landes-) Recht an. Gegen ihre Rechtsgültigkeit bestehen daher auf Grund des bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzips (Art. 3, 55, 218 EGBGB) keine Bedenken ²⁾, da die Art. 3, 55, 218 EGBGB nur die Weitergeltung oder Neubildung landesrechtlicher Vorschriften privat-rechtlicher Art verhindern.

b) Der Rechtscharakter der besonderen Förmlichkeiten

Lassen sich die Vorschriften über die Gesamtwaltung noch relativ einfach als öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregelungen erkennen, so bereitet die begriffliche Einordnung der kommunalrechtlichen Vorschriften erhebliche Schwierigkeiten, soweit sie die Einhaltung besonderer Förmlichkeiten wie Schriftform, handschriftliche Unterzeichnung, Beidrückung des Dienstsiegels usw. verlangen. Der Streit um den Rechtscharakter der Vorschriften hat sich vor allem daran entzündet, ob bzw. wie diese Bestimmungen im Verhältnis zum bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip aufrecht zu erhalten sind.

1. Im folgenden wird zunächst die Ansicht von Rechtsprechung und Rechtslehre dargestellt:

-
- 1) So aber OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960 DVBl 1960, 816; Scholz: NJW 1953, 962; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3; AB zu § 63 nds-GemO; s.a. § 28 I DVO zu §§ 50, 57, 61 schlhGemO; Hamel: DVBl 1955, 797.
- 2) Nußbaum: ABR 21, 8; Palandt-Danckelmann-Heinrichs Art. 55 Erl. 1; Fischer: PrVB1 40, 262; Schreiber: DNotV 1908, 741 Anm. 2.

a₁) zu den Bestimmungen der Gemeindeverfassungen vor Erlaß der DGO

Schon seit der PrStO 1853 und der PrLGO 1891 ¹⁾ mußten die Gemeinden bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen besondere Förmlichkeiten beachten.

Zunächst war das Reichsgericht jedoch der Ansicht, die besonderen Förmlichkeiten berührten die mündlich abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte gar nicht ²⁾. Erst in der Entscheidung vom 2.6.1905 ³⁾ gelangte das Gericht dazu, die Einhaltung der Vorschriften des § 88 IV Ziff. 7 PrLGO 1891 für alle Rechtsgeschäfte zu verlangen, durch die eine Landgemeinde einem Dritten verpflichtet werden sollte. An diesem Standpunkt hielt es in allen weiteren Entscheidungen auch zu Bestimmungen anderer Gemeindeverfassungen fest.

Auch hinsichtlich der Beurteilung des Rechtscharakters der besonderen kommunal-rechtlichen Förmlichkeiten änderte das Gericht seine Auffassung. Hatte es in seinem Urteil vom 23.11.1901 ⁴⁾ § 88 IV Ziff. 7 PrLGO 1891 noch als bloße Formvorschrift angesehen ⁵⁾, so berücksichtigte es, wohl beeinflusst durch die Rechtslehre, die wegen Art. 55 EGBGF die Gültigkeit der besonderen Förmlichkeiten in Frage stellte ⁶⁾, erstmalig in seiner

1) Vgl. oben S. 87.

2) RG, Urt. v. 23.11.1901 RGZ 50, 27.

3) RG: JW 1905, 446 Nr. 35.

4) RGZ 50, 23 ff.

5) RGaaO: "eine die Form der urkundlichen Verpflichtung bestimmende ... und nicht eine die Handlungsfähigkeit der Landgemeinden oder ihrer gesetzlichen Vertreter beschränkende Norm".

6) So Nußbaum: ABR 21, 1 ff (4/5).

Entscheidung vom 4.12.1906 ¹⁾ den durch das BGB eingeführten Grundsatz der Formfreiheit und das bürgerlich-rechtliche Kodifikationsprinzip (Art. 3, 55, 218 EGBGB). Das Reichsgericht deutete die besonderen Förmlichkeiten des § 88 IV Ziff. 7 PrLGO 1891 nun als landesrechtliche Vorschriften, die den Rahmen der Vertretungsmacht bilden, in dem die Organe der juristischen Person Gemeinde mit verbindlicher Wirkung Erklärungen abgeben können ²⁾.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage war jedoch nicht einheitlich. Sprach das Gericht nämlich in seiner Entscheidung vom 4.12.1906 ³⁾ noch davon, in Frage stehe allein der Rahmen der Vertretungsmacht, so hieß es später, es handle sich um keine bloßen Formvorschriften, sondern um eine materielle Regelung der Vertretungsmacht ⁴⁾. In dem Urteil vom 7.12.1926 ⁵⁾ wird dann zum ersten Mal die Formulierung gewählt, " es handelt sich nicht lediglich um Formvorschriften, sondern zugleich und in erster Linie um eine Beschränkung der Willensorgane der betreffenden juristischen Person des öffentlichen Rechts " ⁶⁾. Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts führte zu einigen sich widersprechenden Entscheidungen. So soll nach dem Urteil vom 18.3.1922 ⁷⁾ die Nichtbeachtung der besonderen Förmlichkeiten ein Fall der fehlenden Vertretungsmacht sein, bei dem § 179 BGB anzuwenden ist ⁸⁾. Während in dem Urteil vom

1) RGZ 64, 408 ff (413).

2) So auch RG, Urt. v. 4.3.1913 RGZ 82, 8.

3) RGZ 64, 408 ff (413).

4) RG, Urt. v. 20.12.1907 RGZ 67, 271; RG, Urt. v. 22.5.1908 RGZ 68, 408; s.a. die Darstellung der Judikatur bei Ohse: JW 1931, 3093.

5) RGZ 115, 311 ff (313).

6) So auch RG, Urt. v. 30.11.1932 RGZ 139, 61; vgl. auch die Darstellung der Judikatur bei Loewe: JW 1929, 1131.

7) RGZ 104, 191 ff (193).

8) So auch KG, Urt. v. 2.6.1932 HRR 1932, Nr. 1958: Vertrag schwebend unwirksam.

31.3.1928 ¹⁾ die Anwendung der §§ 177, 179 BGB abgelehnt wird, da eine rechtlich verbindliche Willenserklärung der juristischen Person noch gar nicht abgegeben sei, wenn die besonderen Förmlichkeiten nicht eingehalten sind. Besonders aufschlußreich ist auch das Urteil des Reichsgerichts vom 29.1.1916 ²⁾. Das Gericht führte aus ³⁾: "Mit Recht ist auch bisher vom Reichsgericht angenommen, daß die in Frage stehende Vorschrift (§ 56 Ziff. 8 PrStO 1853) durch Art. 55 EGBGB nicht berührt ist, weil sie die Regelung der gesetzlichen Vertretung der öffentlichen Korporationen betrifft und deshalb dem Privatrecht nicht angehört ... Ist sonach § 56 Ziff. 8 als eine gesetzliche Vorschrift zu erachten, welche die dort bezeichnete Form, und zwar als wesentlich (muß) vorschreibt, so muß eine ohne diese Form übernommene Verpflichtung auf Grund § 125 BGB als nichtig im Sinne des BGB angesehen werden."

Eine Ausnahme von der oben wiedergegebenen uneinheitlichen Rechtsprechung macht das Reichsgericht zusätzlich noch in einem Urteil vom 1.3.1910 ⁴⁾, wo hinsichtlich der Beidrückung des Siegels und der gemeinsamen Unterschrift von Gemeindevorsteher und Schöffe von einer reinen Formvorschrift gesprochen wird ⁵⁾, 6).

Den in sich unklaren Ausführungen des Reichsgerichts schlossen sich nur wenige Stimmen an ⁷⁾. Der überwiegende Teil der

1) RGZ 121, 14 ff (18).

2) LZ 1916, Sp. 813/814.

3) aaO Sp. 813.

4) RGZ 73, 73 ff (74/75).

5) Das RG macht hier erstmalig den Versuch, zwischen Förmlichkeiten und Zuständigkeitsregelungen zu unterscheiden.

6) Vgl. auch die Urteile des RG v. 27.2.1936: JW 1936, 1826 und v. 22.1.1938: JW 1938, 1023; hier läßt das RG die Berufung auf Treu und Glauben gegen "reine Formmängel" zu; dagegen Nauk: JW 1936, 2510.

7) So Oertel § 56 Ziff. 8 Erl. 3 b; Hausmeister: PrVB1 34, 873; Heymann: Festgabe IV S. 298 ff (300).

Rechtsprechung und Rechtslehre lehnte die Ausführungen des Reichsgerichts jedoch ab, Bekämpft wurde die Ansicht des Reichsgerichts aus mehreren Gründen.

Zunächst wandte man sich mit unterschiedlicher Begründung dagegen, daß das Reichsgericht den Geltungsbereich der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten sehr weit festlegte und die Beachtung der entsprechenden Vorschriften für alle die Gemeinde verpflichtenden Erklärungen verlangte ¹⁾, 2).

Abgelehnt wurde jedoch auch die Ansicht des Reichsgerichts hinsichtlich des Rechtscharakters der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten. Ein Teil der Literatur sah nämlich in diesen Vorschriften nicht eine Regelung der Vertretungsmacht, sondern reine Formvorschriften, die nach Inkrafttreten des BGB wegen Art. 55 EGBGB ihrer privat-rechtlichen Bedeutung entkleidet worden seien und nur noch rein interne Verwaltungsvorschriften darstellten ³⁾.

b₁) zu § 36 II DGO

Mit Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 fand der Streit um den Rechtscharakter der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten ein vorläufiges Ende. Nach Überwiegender Auffassung enthielt diese Bestimmung, soweit sie besondere Förmlichkeiten vorsah, keine materielle Regelung der Vertretungs-

- 1) Vgl. Schneider: VwA 15, 255; Schreiber: DNotV 1908, 737; ders.: DNotV 1911, 510, 516, 545; Fischer: PrVB1 40, 261 f; Wohlfarth: JW 1913, 713; s.a. Helfritz: Vertretung 9 ff, 121; Jansen 31; PrOVG, Urt. v. 25.1.1916 ProVGE 70, 270; Böhm: AöR 21, 245 f; Rilk: JW 1936, 1827; ders.: JW 1936, 2511.
- 2) Diese Kritiker beschäftigten sich kaum mit der Frage, ob und wie die landesrechtlichen Vorschriften trotz des Kodifikationsprinzips weitergalten.
- 3) ObG Danzig, Urt. v. 12.5.1931: JW 1931, 3223 mit ablehnender Anm. von Görres; Harnier: JW 1925, 1741/42; Nußbaum: ABR 21, 4 f; Appel: JW 1913, 534; Weigert: PrVB1 36, 22 f; Fischer: PrVB1 40, 261; Richter: RuPrVB1 52, 687 f; Jansen: RVB1 56, 654.

macht, sondern wurde als reine Formvorschrift angesehen, deren Verletzung gemäß § 125 BGB zur Nichtigkeit führte ¹⁾. § 36 II DGO konnte als reichsrechtliche Vorschrift die Regelung des BGB durchbrechen, ohne im Widerspruch zum bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip (Art. 3, 55, 218 EGBGB) zu stehen. Daß die Einordnung der kommunalrechtlichen Förmlichkeiten als reine Formvorschriften der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entgegand, beachtete man nicht.

c₁) zu den Bestimmungen der geltenden Gemeindeverfassungen

Mit der Neuordnung des Gemeindeverfassungsrechts der einzelnen Länder nach 1945 lebte der Streit um den Rechtscharakter der kommunalrechtlichen Förmlichkeiten wieder auf, vor allem im Hinblick auf Art. 55 EGBGB ²⁾. Rechtsprechung und Rechtslehre nehmen heute zu diesem Fragenkreis eine ähnlich unklare und uneinheitliche Stellung ein wie schon vor Erlass der DGO.

a₂) Besonders die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat zu einigen sich widersprechenden Entscheidungen geführt. In seinen beiden ersten Urteilen zum Rechtscharakter der kommunal-rechtlichen Förmlichkeiten vertrat das Gericht in Anlehnung an die erwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts die Ansicht, die kommunal-rechtlichen Vorschriften seien nicht nur Formvorschriften, sondern durch sie werde zum Schutze der Körperschaft gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen die gesetzliche Vertretungsmacht der für die Körperschaft handelnden Person eingeschränkt ³⁾. Das Urteil vom 20.6.1952 behandelte einen Fall, in dem die nach § 37 revDGO

1) AAnw. zu § 36 DGO; Surén-Loschelder § 36 Erl. 6; Lünenbürger 134; Schlempp 88; Nauk: JW 1936, 1572; Schneider: JW 1935, 2029; Oesterling: RVBl 56, 918; Henrichs: DNotZ 1956, 640 f.

2) Daß die Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten heute grds. bei der Abgabe aller Verpflichtungserklärungen zu beachten sind, ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen.

3) BGH, Urt. v. 22.5.1951 DÖV 1952, 534 = LM Nr. 1 zu § 36 DGO; BGH, Urt. v. 20.6.1952 NJW 1952, 1130 = JZ 1952, 591 = BGHZ 6, 330.

erforderliche Schriftform fehlte ¹⁾. Ähnlich war auch der Sachverhalt, der dem Urteil des BGH vom 14.6.1956 ²⁾ zugrunde lag. Hier entschied das Gericht jedoch, wenn die zur Abgabe verpflichtender Erklärungen nach § 37 II 2 revDGO berufenen Vertreter der Gemeinde mitgewirkt hätten und nur nach § 37 II 1 revDGO die Schriftform fehle, liege ein reiner Formmangel vor, der nicht zugleich eine Verletzung der in § 37 II 2 revDGO vorgeschriebenen öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsregelung enthalte ³⁾. Zum gleichen Ergebnis kam das Gericht unter Bezugnahme auf HAMEL ⁴⁾ und WILD ⁵⁾ für den Fall, daß bei einer Verpflichtungserklärung lediglich das Gemeindesiegel oder der Stempel fehle ⁶⁾. In den letztgenannten Entscheidungen, in denen das Erfordernis der Schriftform und der Siegelbeidrückung als reine Formvorschrift angesehen wurde, geht der Bundesgerichtshof aber nicht darauf ein, wie sich diese landesrechtlichen Formvorschriften zu dem bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip (Art. 3, 55, 218 EGBGB) verhalten.

Erst in zwei neueren Entscheidungen, in den Urteilen vom 15.6.1960 ⁷⁾ und vom 28.9.1966 ⁸⁾ berücksichtigt das Gericht bei der Prüfung des Rechtscharakters der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten den Art. 55 EGBGB und führt aus ⁹⁾:

1) BGHZ 6, 330.

2) DVBl 1956, 579 = NJW 1956, 1355 = DÖV 1956, 699 = BGHZ 21, 59.

3) Vgl. auch BGH, Urt. v. 20.1.1954, NJW 1954, 793 und BGH, Urt. v. 17.12.1956 VersR 1957, 228 (229): § 37 II 1 revDGO ist reine Formvorschrift.

4) DVBl 1955, 796 ff.

5) NJW 1955, 693 ff.

6) So BGH, Urt. v. 10.3.1958 DVBl 1958, 512 = NJW 1958, 866; s.a. Anm. von Odenbreit: DVBl 1958, 513.

7) NJW 1960, 1805 ff = BGHZ 32, 375 ff.

8) NJW 1966, 2402 ff.

9) BGH NJW 1960, 1807.

" Jedenfalls können nach heutigem Recht ebenso wie nach dem Recht vor Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung landesrechtliche Vorschriften über die Schriftform, die Beifügung des Dienstsiegels und die Art der Unterzeichnung hinsichtlich privatrechtlicher Willenserklärungen ebensowenig wie die Vorschriften über die zu einer Verpflichtungserklärung befugten Personen als bürgerlich-rechtliche Vorschriften über die Form von Rechtsgeschäften aufgefaßt werden, da Landesgesetze solche privatrechtlichen Vorschriften nur nach Maßgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches oder seines Einführungsgesetzes treffen könnten (Art. 55 EGBGB). Die landesrechtliche Kompetenz beschränkt sich hinsichtlich der privatrechtlichen Willenserklärungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, auch soweit es sich um bloße Formvorschriften handelt, auf die Regelung der Vertretungsmacht ihrer Organe, da es sich insoweit um öffentliches Recht handelt " 1).

Der Bundesgerichtshof begründet seine Ansicht u.a. mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die jedoch nicht frei von Widersprüchen war und deshalb die Auffassung des Gerichts nicht ohne weiteres stützt. Im übrigen ist die Argumentation des Bundesgerichtshofs ersichtlich von dem Bemühen gekennzeichnet, die "bloßen Formvorschriften" im Verhältnis zum bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip aufrecht zu erhalten. Mit der herrschenden Rechtslehre, die die besonderen Förmlichkeiten als reine Formvorschriften ansieht, setzt sich das Gericht ebensowenig auseinander wie mit seiner eigenen abweichenden Auffassung.

1) Der BGH räumt allerdings ein, daß es nicht ausgeschlossen ist, "die Formvorschriften der Gemeindeordnungen bei der Vertretung dahin auszulegen, daß Erklärungen einer Organperson ohne Einhaltung dieser Formvorschriften auch nicht durch Genehmigung Wirksamkeit erlangen sollen. Für diese Auslegung ließe sich ein erhöhtes Interesse an der Klarheit über die Wirksamkeit bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungen anführen".

Aber auch in den Entscheidungen anderer Gerichte wird der Rechtscharakter der besonderen Förmlichkeiten unterschiedlich festgelegt. Den letzten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs hat sich das OLG Braunschweig in einem Beschluß vom 16.9.1965 ¹⁾ angeschlossen. Landesrechtliche Formvorschriften über Schriftform, Dienstsiegel und Art der Unterzeichnung bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen betreffen danach nur die Vertretungsmacht. Schon früher hatte das OLG München entschieden, daß die besonderen Förmlichkeiten nicht nur Formvorschriften enthalten, sondern darüber hinaus die Vertretungsmacht der Organe beschränken ²⁾. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht stellt nach Ansicht des OLG Hamm ³⁾ auch §56 I nwGemO dar, wonach Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, im Auftrage des Rates abzugeben sind ⁴⁾. Die Überwiegende Zahl der unteren Gerichte behandelt die besonderen Förmlichkeiten jedoch als reine Formvorschriften, deren Verletzung zur Nichtigkeit gemäß § 125 BGB führt ⁵⁾.

1) NJW 1966, 58 ff.

2) OLG München, Urt. v. 21.9.1951 MDR 1953, 165; s.a. OLG Hamburg, Urt. v. 8.12.1958 BB 1959, 359.

3) Beschl. v. 23.9.1960 RsprEntsch Nr. 12 zu § 56 nwGemO.

4) A.A. OLG Köln, Beschl. v. 12.8.1960 DVBl 1960, 816; § 56 I 1 nwGemO ist lediglich Formvorschrift; Bescheid des nwMDI v. 26.4.1963 Wochendienst GTWL 1963, Nr. 105; Berkenhoff 145; Römer: DNotZ 1956, 362; Kottenberg § 56 Erl. II.

5) OLG Celle, Urt. v. 30.11.1954 StTg 1955, 365 = NJW 1955, 714; OLG Hamm, Urt. v. 2.2.1955 GemR 1955, 110; LAG Frankfurt, Urt. v. 30.3.1954 NJW 1954, 1304; LG Saarbrücken, Urt. v. 5.1.1951 DRspr I (120) Bl 30; LG Aurich, Urt. v. 14.2.1951 NJW 1951, 723; LG Lübeck, Urt. v. 21.5.1952 MDR 1952, 745; LG Braunschweig, Beschl. v. 15.11.1956 DNotZ 1957, 322; LG Kreuznach, Beschl. v. 7.11.1957 DNotZ 1958, 105; LG Darmstadt, Beschl. v. 23.3.1959 MDR 1959, 585; s.a. LG Koblenz, Beschl. v. 29.9.1960 NJW 1961, 222; LG Marburg, Beschl. v. 18.2.1966 DRFfl 1967, 406.

b₂) Auch die Stellungnahmen der Rechtslehre zum Rechtscharakter der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten sind unterschiedlich und behandeln den angeschnittenen Fragenkreis nur unvollkommen, da sie idR nicht darauf eingehen, wie diese Vorschriften im Verhältnis zum bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip aufrecht zu erhalten sind.

Eine große Anzahl von Autoren sieht in den besonderen Förmlichkeiten reine Formvorschriften, deren Nichtbeachtung die privatrechtlichen Verpflichtungserklärungen der Gemeinden nach § 125 BGB nichtig mache ¹⁾. Wie sich die landesrechtlichen Formvorschriften jedoch zu Art. 55 EGBGB verhalten, erläutern sie nicht. Lediglich BERROTH ²⁾, der die besonderen Förmlichkeiten ihrem Rechtscharakter nach ebenfalls den Formvorschriften zuordnet, folgert daraus, daß diese Vorschriften auf dem Gebiet des Privatrechts wegen Art. 55 EGBGB ungültig sind ³⁾. Auch NICKEN ⁴⁾ betrachtet die besonderen Förmlichkeiten als landesrechtliche Formvorschriften. Er hält diese Bestimmungen jedoch im Bereiche des bürgerlichen Rechts für wirksam, da dem Landesgesetzgeber die Regelung dieser Materie ausdrücklich vorbehalten sei. § 125 BGB enthalte nämlich einen Gesetzesvorbehalt im Sinne des Art. 55 EGBGB, da nach § 125 BGB ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangele, nichtig sei. Gesetz i.S. dieser Vorschrift sei aber nicht nur ein Bundesgesetz, sondern auch ein Landesgesetz.

1) So Kottenberg § 56 Erl. V; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3; Masson Art. 38 Erl. 7; Ruffelmacher 234; Göbel § 54 Erl. 7; Schneider 82; Ebel-Emrich § 71 Erl. 3; Galette-Laux § 50 Erl. 3 c; Hölzl Art. 38 Erl. 3 a; Berkenhoff 144 f; Hurst: KPBl 1951, 245; Ebel: DöD (B) 1952, 164.

2) Berroth 129 ff, 149 f.

3) So auch Schuster-Diehl § 56 Erl. II: die Vorschriften des § 56 rhpfSVG müssen insoweit nicht eingehalten werden, als sie als Formvorschriften zu betrachten sind, was für die Beifügung der Amtsbezeichnung und des Dienstsiegels gilt.

4) SchlHA 1960, 188 ff.

Im Anschluß an die Formulierung, die das Reichsgericht erstmals in seiner Entscheidung vom 7.12.1926 ¹⁾ gebrauchte, vertreten andere Autoren die Ansicht, es handele sich bei den besonderen Förmlichkeiten zugleich um Formvorschriften und öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregelungen, die die Vertretungsmacht der gemeindlichen Organwalter bestimmen. Eine von den vertretungsberechtigten Organwaltern, jedoch formwidrig abgegebene Verpflichtungserklärung, sei daher gemäß § 125 BGB nichtig ²⁾.

Diese Auffassung wird insbesondere von GÖNNENWEIN ³⁾ abgelehnt, der ausführt: "macht man mit der Auffassung ernst, daß die Vorschriften der Gemeindegesetze Beschränkungen der Vertretungsmacht sind, so verbietet sich jede Argumentation aus ihrem Charakter als Formvorschriften, vor allem aber die Heranziehung des § 125 BGB" ⁴⁾, "konsequent wäre es gewesen, den Formcharakter wegen Art. 55 EGBGB vollständig zu verneinen und ausschließlich auf die Beschränkung der Vertretungsmacht abzustellen" ⁵⁾. Auch STEINWEG ⁶⁾, HENRICHS ⁷⁾ und SCHERER ⁸⁾ sehen in den besonderen Förmlichkeiten eine bloße Regelung der Vertretungsmacht der gemeindlichen Organe. SCHERER aaO begründet seine Auffassung damit, die Ländergesetzgeber hätten die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und die dem Erlaß einer reinen Formvorschrift entgegenstehende Bestimmung des Art. 55 EGBGB gekannt. Wenn sie gleichwohl für die Vertretung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften Formvorschriften in

1) RGZ 115, 311 ff (313)

2) So Wolff VwR II § 87 III c 2; Muntzke-Schlemp 790; Ennecerus-Nipperdey II, § 154 II 2; Althaus: Recht 143, Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 125 Erl. 1 b.

3) Gönnerwein 350, 357.

4) aaO S. 357.

5) aaO S. 350.

6) Steinweg 57 ff (62).

7) DNotZ 1956, 636 ff (641).

8) DNotZ 1965, 27 ff (31/32).

die neuen Gemeindeverfassungen aufgenommen hätten, so müsse Sinn und Zweck dieser Bestimmungen in einer Begrenzung der Vertretungsmacht der Organe gesehen werden.

Zum Teil differenzierende Lehren werden von BEITZKE ¹⁾, HAMEL ²⁾, CAPELLER ³⁾ und BOHLEY ⁴⁾ vertreten.

2. Die Ausdrucksweise des Gesetzgebers

Soweit die Gemeindeverfassungen selbst oder die zu ihnen ergangenen Durchführungsverordnungen, Ausführungsbestimmungen oder Runderlasse die besonderen Förmlichkeiten erwähnen, sprechen sie von Formvorschriften ⁵⁾, deren Verletzung nach § 125 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat ⁶⁾ bzw. deren Nichteinhaltung die Gemeinde nicht bindet ⁷⁾.

-
- 1) MDR 1953, 1 ff (3): die Förmlichkeiten stehen einer persönlichen Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit näher als einer Formvorschrift.
 - 2) DVBl 1956, 796 ff (798): wenn Sinn der Förmlichkeiten Anwendung gehöriger Sorgfalt bei der Beschlußfassung, dann ist die Vertretungsmacht begrenzt. Wenn Sinn der Förmlichkeiten Regelung der Ausfertigung, der Mitteilung, der Kenntlichmachung, wie z.B. Beifügung des Siegels und der Amtsbezeichnung, dann wird lediglich die Form der Kundgabe bestimmt.
 - 3) MDR 1956, 7 ff (8).
 - 4) BayBm 1953, 217 ff, 244 f, 267 ff (267): die Förmlichkeiten schränken die Vertretungsmacht ein, wenn das Außenvertretungsorgan nach objektivem Recht statt eines anderen Organs handelt und in dem Rechtsgeschäft ein Sachverhalt enthalten ist, der dem anderen Organ zur Beschlußfassung vorbehalten ist; so auch Elsner: HBKWP I, 322.
 - 5) § 54 IV bwGemO; § 56 V nwGemO; § 28 I DVO zu §§ 50, 57, 61 schlhGemO; RdErl. des schlhMDI v. 30.3.1960 (ABl Schlh 1960, 194); Bescheid des nWMdI v. 26.4.1963 Wochendienst GTWL 1963, Nr. 105.
 - 6) 1. RdErl. zu § 54 bwGemO; AB zu § 63 ndsGemO.
 - 7) § 56 V nwGemO.

3. Eigene Stellungnahme

Die umseitig wiedergegebenen Ansichten von Rechtsprechung und Rechtslehre beruhen übereinstimmend auf der Auffassung, es handle sich bei den besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten dem Rechtscharakter nach um Formvorschriften des bürgerlichen Rechts. Die kommunalrechtlichen Förmlichkeiten lassen sich jedoch nicht ohne weiteres den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts gleichstellen, da sie sich von ihnen dem Grunde der Formbedürftigkeit und dem damit verfolgten Zweck nach erheblich unterscheiden.

Bei den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts handelt es sich um sog. geschäftsrechtliche Formvorschriften ¹⁾, die die formale Beschaffenheit einer Willenserklärung betreffen ²⁾. Die einzelne Willenserklärung wird dabei, abweichend von dem im BGB herrschenden Grundsatz der Formfreiheit, einer Form unterstellt, sei es wegen des gefährlichen oder wichtigen Inhalts des Geschäfts (§§ 518, 766, 2238, 2247 BGB), sei es wegen des Geschäftsgegenstandes (§§ 313, 566 BGB). Die geschäftsrechtlichen Formvorschriften sollen die Aufmerksamkeit der Beteiligten auf die Art und Bedeutung des abzuschließenden Geschäfts lenken und die Geschäftspartner so vor Übereilung schützen und sie zur Überlegung und klaren und vollständigen Absprache nötigen. Daneben dienen sie auch der Erleichterung des Beweises, zum Teil bewirken sie eine fachmännische juristische Beratung ³⁾.

1) Friedrichs 67; s.a. Larenz 406: Geschäftsformen.

2) Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob diese Formvorschriften sich auf den Gesamttatbestand eines Rechtsgeschäfts (so Müller-Freienfels 193 Anm. 9) oder nur auf die in diesem enthaltenen Willenserklärungen, bisweilen sogar nur auf eine von ihnen (so Enneccerus-Nipperdey II, § 154 II Anm. 2) beziehen.

3) Enneccerus-Nipperdey II, § 154 II; Larenz 406.

Diesen geschäftsrechtlichen Formvorschriften sind die Gemeinden, soweit sie am allgemeinen Privatrechtsverkehr teilnehmen, grundsätzlich ebenso unterworfen, wie alle übrigen Rechtssubjekte ¹⁾. Der mit den geschäftsrechtlichen Formvorschriften angestrebte Zweck kommt nämlich auch bei ihrer Beteiligung am Rechtsverkehr zum Tragen, da der handelnde Organwalter gleich anderen natürlichen Personen auf die Bedeutung des Geschäfts hingewiesen und zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden soll ²⁾.

Anders dagegen steht es mit den besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten, die von den Gemeinden bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen zu beachten sind. Die entsprechenden Bestimmungen der Gemeindeverfassungen gelten ausschließlich für die Gemeinden; sie verlangen also nicht eine schriftliche Vertragsurkunde, wenn das bürgerliche Recht Formfreiheit gewährt. Vielmehr genügt es, daß lediglich die Erklärung der Gemeinde den besonderen Förmlichkeiten entspricht, ohne daß auch die Erklärung des anderen Teils schriftlich - etwa in einer die Unterschrift des Gegners erheischenden Urkunde - abzugeben wäre ³⁾. Auch finden die besonderen Förmlichkeiten im Gegensatz zu den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts ihren Grund nicht in dem Charakter eines bestimmten Geschäfts. Bezugspunkt der Förmlichkeiten ist nicht die Art und Bedeutung des Geschäfts, sondern die Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts ⁴⁾. Dafür spricht zunächst, daß das Bürgerliche Recht die Formbedürftigkeit nur für bestimmte Rechtsgeschäfte vorschreibt, während die Gemeindeverfassungen die besonderen Förmlichkeiten allgemein für Verpflichtungserklärungen

1) Wolff: Vertretung 279.

2) Vgl. Krüger 41.

3) RG, Urt. v. 22.5.1908 RGZ 68, 409.

4) Beitzke: MDR 1953, 3; Heymann: Festgabe IV, 300; Wild: BayBz 1955, 175; Steinweg 59.

fordern. Darüber hinaus sind die kommunalrechtlichen Förmlichkeiten in ihrer Ausgestaltung eindeutig den Bedürfnissen der Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts angepaßt und nicht etwa den Verpflichtungsgeschäften als bestimmten Geschäftstyp¹⁾. Dies zeigt sich besonders an den Erfordernissen der Siegelbeidrückung, der Angabe der Amtsbezeichnung bzw. des Vertretungsverhältnisses, der Zeichnung im Auftrage des Rates usw. Diese Zusätze beziehen sich offensichtlich nur auf den Organisationsaufbau der Gemeinde, nicht jedoch auf die abzugebende Erklärung. Bestätigt wird dies schließlich dadurch, daß nach der Regelung aller Gemeindeverfassungen²⁾ ein zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung ausdrücklich Bevollmächtigter die Erklärung ohne Beachtung der besonderen Förmlichkeiten abgeben kann, wenn er eine den Bestimmungen über die Abgabe verpflichtender Erklärungen entsprechende Vollmacht besitzt. Die kommunalrechtlichen Förmlichkeiten sind somit nicht an die Verpflichtungserklärungen selbst gebunden, wie es bei der Annahme geschäftsrechtlicher Formvorschriften sein müßte, sondern sie sind zu erfüllen, weil der Organisationsaufbau der Gemeinde ihre Beachtung bei Abgabe einer Erklärung verlangt, die unmittelbar oder mittelbar zu einer Verpflichtung der Körperschaft führen kann.

Auch der mit den besonderen Förmlichkeiten angestrebte Zweck weicht von dem der geschäftsrechtlichen Formvorschriften ab, mögen die Förmlichkeiten auch ungewollt und nebenbei den gleichen Zweck erreichen, den die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts anstreben. So hat z.B. das kommunalrechtliche Schriftlichkeitserfordernis über seine eigentliche Bedeutung hinaus auch Klarstellungs- und Beweiskfunktion. Hauptzweck der besonderen Förmlichkeiten ist es jedoch, den mit der Wahrnehmung der Außenvertretungszuständigkeit betrauten Organwalter zum Schutze der Gemeinde an der Abgabe formal interessenswidriger

1) Krüger 42.

2) Vgl. unten S. 142/143.

Verpflichtungserklärungen zu hindern ¹⁾, die Gemeinde also vor übereiltem und unbedachtem Handeln ihrer an sich zuständigen Organwalter zu bewahren ²⁾. Ferner soll gewährleistet werden, daß Verpflichtungserklärungen für die Gemeinde nur dann Rechtsverbindlichkeit erlangen, wenn diejenigen Organe, die nach dem gemeindlichen Organisationsaufbau bzw. der Zuständigkeitsverteilung bei dem speziellen Geschäft zur Mitwirkung an der körperschaftlichen Selbstverwirklichung berufen sind, auch tatsächlich durch die zuständigen Organwalter mitgewirkt haben.

Da sich somit der Bezugspunkt der besonderen Förmlichkeiten und der mit ihnen angestrebte Zweck eindeutig von den privatrechtlichen Formvorschriften unterscheiden, handelt es sich bei den Förmlichkeiten nicht um geschäftsrechtliche Formvorschriften. Vielmehr sind insoweit sog. verfassungs- bzw. organisationsrechtliche Verfahrensvorschriften gegeben, die ebenso wie die Zuständigkeitsregelungen Teil des innerkörperschaftlichen Organisationsrechts sind und zwingend ³⁾ kraft Rechtsatzes regeln, wie überhaupt eine verpflichtende Willenserklärung der Gemeinde zustande kommen muß ⁴⁾. Als organisationsrechtliche Vorschriften des Gemeindeverfassungsrechts aber gehören die besonderen Förmlichkeiten zum öffentlichen Recht, auch wenn die Gemeinde im Privatrechtsverkehr tätig wird, und diese Förmlichkeiten mittelbar auf das Privatrecht wirken, da sie hinsichtlich der Verpflichtungserklärungen zwingend die Voraussetzungen festlegen, unter denen sich die körperschaftliche Darstellung der Gemeinden als Privatrechtssubjekt zu vollziehen hat ⁵⁾. Die Teilnahme der Gemeinden am Privatrechtsver-

1) Vgl. Eckhardt 89.

2) Wild: BayBm 1955, 177.

3) Vgl. Erman-Westermann § 125 Erl. 1; Nauk: JW 1936, 1572.

4) Eckhardt 95/96; Krüger 42; Gierke: Privatrecht 524; Nauk: JW 1936, 2510; Wild: NJW 1955, 695; ders.: BayBm 1955, 175; Walz: HBKWP I, 264.

5) Gierke: Privatrecht 524, 603; Krüger 42; s.a. Forsthoff 449; Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 8, Art. 1 Erl. 2 e; Kunze-Schmid § 54 Erl. I 1; Grafe: NJW 1951, 724; Lutter: MDR 1961, 362; ders. DRPfl. 1959, 11.

kehr ist im Privatrecht nur hinsichtlich der Haftung für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter geregelt, §§ 89, 31 BGB. Die grundlegenden Rechtsvorschriften über die Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere über die Art ihrer Organisation, sind dagegen im öffentlichen Recht enthalten und werden vom BGB vorausgesetzt ¹⁾. Sie finden sich als Teil des Organisationsrechts in den einzelnen Gemeindeverfassungen und lassen sich u.a. in Zuständigkeitsbestimmungen und besondere Förmlichkeiten sondern ²⁾.

Als Bestandteil des öffentlichen Rechts bleiben die besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten demnach von Art. 55 EGBGB unberührt, da von dieser Vorschrift nur die privatrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze betroffen sind. Es besteht somit keine Veranlassung, die Förmlichkeiten im Hinblick auf Art. 55 EGBGB als Regelung der Vertretungsmacht der gemeindlichen Organe einzuordnen oder sie lediglich als Dritten gegenüber unbeachtliche Verwaltungsvorschriften anzusehen und sie so ihrer privatrechtlichen Bedeutung zu entkleiden.

Die Nichtbeachtung der kommunalrechtlichen Förmlichkeiten führt zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts. § 125 BGB ist hier allerdings nur entsprechend und nicht unmittelbar anwendbar, da diese Bestimmung auf die geschäftsrechtlichen Formvorschriften zugeschnitten ist ³⁾. Ob der Gemeinde, die sich auf die Nichtbeachtung der Förmlichkeiten beruft, gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch für die am Privatrechtsverkehr beteiligte Gemeinde gilt, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegeng gehalten werden kann, ist sehr umstritten.

1) So auch RG, Urt. v. 4.12.1906 und v. 7.12.1926 RGZ 64, 413 und 115, 313; das RG sah die Förmlichkeiten gleichwohl als Beschränkung der Vertretungsmacht an, da es nicht erkannte, daß die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften auch organisationsrechtliche Formvorschriften enthalten; s.a. Palandt-Danckelmann-Heinrichs Erl. 2 vor § 89.

2) Römer: DNotZ 1956, 359/360; Walz: HBKWP I, 264; Gierke: Privatrecht 524; Forsthoff 449.

3) So Eckhardt 119; Forsthoff 449.

ten ¹⁾. Im Ergebnis muß man diesen Einwand wohl zulassen, da die Förmlichkeiten einem den geschäftsrechtlichen Formvorschriften ähnlichen Normzweck dienen, sich mittelbar auch auf den Privatrechtsverkehr auswirken und eine Besserstellung der Gemeinden gegenüber anderen Privatrechtssubjekten daher nicht gerechtfertigt erscheint.

III. Das Verhältnis der kommunalrechtlichen Förmlichkeiten zu den geschäftsrechtlichen Formvorschriften

Betrifft eine gemeindliche Verpflichtungserklärung einen Geschäftsgegenstand, der die Beachtung geschäftlicher Formvorschriften notwendig macht, so sind diese nach der Erfüllung der besonderen Förmlichkeiten ebenfalls einzuhalten, da das Rechtsgeschäft sonst gemäß § 125 BGB nichtig ist ²⁾.

Andererseits müssen die kommunalrechtlichen Förmlichkeiten - z.B. die Beidrückung des Dienstsiegels - auch dann gewahrt sein, wenn der die Verpflichtungserklärung enthaltende Vertrag zu seiner Rechtswirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf ³⁾. Diese Beurkundung macht die Einhaltung der besonderen Förmlichkeiten nicht entbehrlich, da sich deren

1) Vgl. Nipperdey: JZ 1952, 577 ff; Stich 103; Hamel: DVBl 1955, 796 ff; Scholz: NJW 1950, 81 ff; ders.: NJW 1953, 961 ff; Wild: NJW 1955, 693 ff; ders.: BayBm 1955, 175 ff; Beitzke: MDR 1953, 1 ff.

2) RdErl. des schlhMdI v. 30.3.1960 AB1 SchlH 1960, 194; Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 6; Kunze-Schmid § 54 Erl. I 3; Berkenhoff 145; a.A. Römer: DNotZ 1956, 362 ff; Hesse: DJ 1940, 585 ff; Steinweg 69/70.

3) RdErl. des schlhMdI v. 30.3.1960 AB1 SchlH 1960, 194; Galet-Laux § 50 Erl. 3 a; OLG SchlH, Beschl. v. 12.10.1950 SchlHA 1952, 64; RG, Urt. v. 6.4.1910 RGZ 73, 208; Muntzke-Schlemp 778/779; RdErl. des nwMdI v. 25.6.1964 Wochendienst GTWL 1964, Nr. 126; a.A. Weber: DJ 1940, 896; Nauk: JW 1937, 82/83; Schulze: JW 1937, 84; OLG SchlH, Beschl. v. 7.6.1956 SchlHA 1956, 289; Masson Art. 38 Erl. 7; Lutter: DRPfl 1959, 12; Brintzinger: SchlHA 1961, 325; Nicken: SchlHA 1960, 191; OLG Hamm, Beschl. v. 23.9.1960 JMB1 NW 1961, 197; LG Gießen, Beschl. v. 24.4.1959 DRPfl 1960, 170; LG Koblenz, Beschl. v. 29.9.1960 NJW 1961, 222.

Zweck als organisationsrechtliche Verfahrensvorschriften von dem der geschäftsrechtlichen Formvorschriften unterscheidet ¹⁾. Bei der Abgabe privatrechtlicher Verpflichtungserklärungen, die gleichzeitig auch der geschäftsrechtlichen Formvorschrift der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegen, wird daher ein übertriebener Formzwang nur dann vermieden, wenn die Gemeindeverfassung diese geschäftsrechtliche Beurkundungsform ausdrücklich den kommunal-rechtlichen Förmlichkeiten gleichstellt, sie also als organisationsrechtliche Verfahrensvorschriften ansieht ²⁾.

IV. Die Vertretungsberechtigung bei der Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen

Zur Abgabe allgemeiner verpflichtender privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen können nach den geltenden Gemeindeverfassungen entweder ein Organwalter (Einzelverwaltung) oder zwei Organwalter als kollegialische Gesamtvertreter (Gesamtverwaltung) berufen sein ³⁾.

a) Einzelverwaltung

1. Sieht die jeweilige Gemeindeverfassung Einzelverwaltung vor, so ist der Verwaltungsleiter zur Abgabe der Verpflichtungserklärungen zuständig; er hat dabei die besonderen kommunal-rechtlichen Förmlichkeiten zu beachten ⁴⁾.

2. Neben dem originären Organwalter des Organs Verwaltungsleitung ist in Baden-Württemberg, Bremerhaven und Rheinland - Pfalz ⁵⁾ auch der ständige allgemeine Vertreter zur Einzelverwaltung berufen, gleichgültig, ob der Verwaltungsleiter seine Amtsgeschäfte wahrnimmt oder nicht.

1) Vgl. oben S. 103 ff.

2) So § 63 II ndsGemO; § 56 I rhpfSVG; s.a. Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrack § 56 Erl. 1.

3) Vgl. oben S. 88.

4) § 54 I bwGemO; Art. 38 II bayGemO; § 48 Ziff. 8 brhvStVerf; § 56 I rhpfSVG; § 57 saarlKSVG.

5) § 54 II bwGemO; § 48 Ziff. 8 brhvStVerf; § 56 I rhpfSVG.

3. Demgegenüber kann in Bayern und im Saarland die Gemeinde nur dann durch Erklärungen des allgemeinen Vertreters verpflichtet werden, wenn der Verwaltungsleiter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert ist ¹⁾.

In Baden-Württemberg gilt noch insofern eine Besonderheit, als dort nur der ständige allgemeine Vertreter (der Erste Beigeordnete) und bei Gemeinden ohne Beigeordnete der erste allgemeine Vertreter im Verhinderungsfalle, nicht jedoch die anderen Ersatzwähler (weitere allgemeine Vertreter im Verhinderungsfalle und ständige Sondervertreter) Verpflichtungserklärungen ohne Zuziehung eines zweiten Organwählers abgeben können ²⁾.

4. Soweit die Gemeindeverfassungen Einzelverwaltung vorsehen, kann auch ein dienstlich Beauftragter Verpflichtungserklärungen allein abgeben, es sei denn, er ist nur gemeinsam mit einem anderen zur Zuständigkeitswahrnehmung ermächtigt worden ³⁾ oder es stehen wie in Baden-Württemberg anderslautende gesetzliche Bestimmungen entgegen ⁴⁾.

Der innerorganisatorische Amtsauftrag zur Abgabe verpflichtender Erklärungen kann formlos erteilt werden, da der dienstlich Beauftragte an die Beachtung der besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten gebunden ist ⁵⁾. Nur in Bayern ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in Art. 38 II bayGemO eine den besonderen Förmlichkeiten entsprechende Auftragerteilung (Legitimationsurkunde) vorgeschrieben ⁶⁾, die sich nicht

1) Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 7; vgl. oben S. 57, 59.

2) § 54 II bwGemO; vgl. § 36 II DGO.

3) Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 7; Hölzl Art. 38 Erl. 5; Eckhardt 97.

4) § 54 II bwGemO.

5) So auch Eckhardt 74; Diekamp 134; Lünenbürger 89; Grosdidier 8; a.A. Muntzke-Schlemp 776; Bohley: BayBm 1953, 268; Alt-haus: Recht 147.

6) Vgl. Hölzl Art. 38 Erl. 5.

nur an den in Art. 38 II 3 bayGemO genannten Personenkreis, sondern auch an die weiteren Bürgermeister und einzelne Gemeinderatsmitglieder richten kann ¹⁾.

b) Gesamtwaltung

1. Einzeldarstellung

Sieht die Gemeindeverfassung Gesamtwaltung vor, so müssen die gemeindlichen Verpflichtungserklärungen von zwei Organwaltern als kollegialische Gesamtvertreter abgegeben werden. Der vertretungsberechtigte Personenkreis ist nach den einzelnen Gemeindeverfassungen verschieden:

a₁) Soweit in Baden-Württemberg nicht der Verwaltungsleiter, sein ständiger allgemeiner Vertreter oder in Gemeinden ohne Beigeordnete sein allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfalle die Verpflichtungserklärung abgibt, ordnet die Gemeindeverfassung kollegialische Gesamtwaltung an. Die Erklärung muß in diesem Falle durch zwei vertretungsberechtigte Beigeordnete, Beamte oder Angestellte unterzeichnet werden ²⁾. Auch wenn ein weiterer Beigeordneter als allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfalle tätig wird, ist daher das Erfordernis der Mitwirkung eines zweiten Organwalters zu beachten.

b₁) In Hessen ergibt sich die Vertretungsberechtigung zur Abgabe verpflichtender Erklärungen aus den Bestimmungen der §§ 72 II, 79 IV heGemO. Danach sind Verpflichtungserklärungen nur rechtsverbindlich, wenn sie vom Bürgermeister oder seinem ständigen allgemeinen Vertreter sowie von einem weiteren Magistratsmitglied bzw. Beigeordneten unterzeichnet sind.

1) Helmreich-Widtmann Art. 38 Erl. 7; Bohley: BayBm 1953, 268; Widtmann: BayBm 1955, 8/9; a.A. Masson Art. 38 Erl. 12: der Amtsauftrag zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen kann nur Gemeindebediensteten erteilt werden.

2) §§ 54 II, 49 III 1, 53 I 1 bwGemO; 1. RdErl. zu § 54 bwGemO.

Selbstverständlich kann der Bürgermeister auch zusammen mit dem ständigen allgemeinen Vertreter die Erklärungen abgeben. Mit den genannten Personen erschöpft sich in Hessen aber der Kreis der zuständigen Organwalter. Die übrigen Gemeindebediensteten können nicht durch dienstlichen Vertretungsauftrag zur Mitwirkung bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen ermächtigt werden ¹⁾.

c₁) In Niedersachsen kann der Verwaltungsleiter Verpflichtungserklärungen nur gemeinsam mit dem Gemeindepräsidenten abgeben ²⁾. Gemeindedirektor und Ratsvorsitzender, die hierbei als kollegialische Gesamtwalter des Organs Verwaltungsleitung handeln ³⁾, brauchen jedoch nicht persönlich mitzuwirken; zuständig sind vielmehr auch die jeweiligen Ersatzwalter. Vertreter des Ratsvorsitzenden sind die nach § 56 V ndsGemO aus der Mitte des Rats gewählten Beigeordneten ⁴⁾. Vertreter des Gemeindedirektors können sein allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfalle, die ständigen Sondervertreter innerhalb der ihnen zugewiesenen Aufgabengebiete und auch weitere vertretungsberechtigte leitende Beamte der Gemeinde sein ⁵⁾; letztere werden vom Verwaltungsleiter bestimmt ⁶⁾. Der Umfang und die Rangfolge ihrer Vertretungsberechtigung braucht in der Hauptsatzung nicht besonders geregelt zu sein ⁷⁾.

1) Ebel: DöD (B) 1952, 162; Muntzke-Schlempf 776.

2) § 63 II 1 ndsGemO.

3) A.A. Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3; AB zu § 63 ndsGemO.

4) Vgl. oben S. 58 Anm. 5.

5) Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3.

6) Vgl. oben S. 67 Anm. 1.

7) A.A. Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 3.

d₁) In Nordrhein-Westfalen müssen gemeindliche Verpflichtungserklärungen durch den originären Organwalter oder die Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung und einen vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten "im Auftrage des Rates" abgegeben werden ¹⁾. Aus der Formulierung dieses gesetzlichen Zusatzes wird zum Teil hergeleitet, der Gemeindedirektor habe im Bereiche der Verpflichtungserklärungen keine organschaftlichen Zuständigkeiten und könne die Gemeinde daher im eigenen Namen nicht rechtsgeschäftlich verpflichten. Materiell sei vielmehr eine Zuständigkeit der Gemeindevertretung gegeben, als deren Beauftragter der Gemeindedirektor handle ²⁾. Diese Ansicht stimmt jedoch nicht mit der Verfassungswirklichkeit überein. Dem Gemeindedirektor ist im Wege der gesetzlich fingierten Delegation gemäß § 55 S. 2 nwGemO die Außenvertretungszuständigkeit übertragen. Zu diesen Befugnissen gehört auch die Abgabe verpflichtender Erklärungen, für die § 56 I nwGemO allerdings besondere Voraussetzungen aufstellt. Dabei wird zwar die Zuständigkeit des originären Organwalters des Organs Gemeindedirektor an die Mitwirkung einer zweiten vertretungsberechtigten Person gebunden, nicht jedoch die Zuständigkeit des Organs dadurch eingeschränkt, daß für jede Verpflichtungserklärung ein besonderer Auftrag des Rates verlangt wird. Der Zusatz "im Auftrage des Rates" soll lediglich hervorheben, daß die Zuständigkeit des Organs Gemeindedirektor auch im Bereiche der Verpflichtungserklärungen auf einer gesetzlich fingierten Delegation beruht und der Rat die auf den Gemeindedirektor übertragene Zuständigkeit im Einzelfall auch selbst konkurrierend ausüben kann ³⁾. Auch die Abgabe verpflichtender Erklärungen nach § 56 I nwGemO gehört daher zu den auf § 55 S. 2 nwGemO beruhenden organschaftlichen Befugnissen des Gemeindedirektors ⁴⁾.

1) § 56 I nwGemO.

2) Benner 53; Diekamp 153; Zuhorn-Hoppe 264; OLG Hamm, Beschl. v. 23.9.1960 RsprEntsch Nr. 12 zu § 56 nwGemO.

3) Vgl. § 56 II nwGemO.

4) Vgl. Bescheid des nwMdI v. 26.4.1963 Wochendienst GTWL 1963, Nr. 105; RdErl. des nwMdI v. 25.6.1964 Wochendienst GTWL 1964, Nr. 126.

Bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen muß stets der Gemeindedirektor oder einer seiner Ersatzwalter beteiligt sein. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 56 I 2 nwGemO, wonach Verpflichtungserklärungen, "durch den Gemeindedirektor oder seine Stellvertreter und einen ..." zu unterzeichnen sind. Nicht zulässig ist es daher, daß zwei vertretungsberechtigte Beamte oder Angestellte ohne Beteiligung wenigstens eines Beigeordneten Verpflichtungserklärungen für die Gemeinde abgeben ¹⁾.

Gemäß § 51 III nwGemO ist der Gemeindedirektor zur dienstlichen Beauftragung derjenigen Beamten und Angestellten zuständig, die zusammen mit ihm oder den Ersatzwaltern Verpflichtungserklärungen abgeben sollen ²⁾. Die abweichende Auffassung, die vor allem MOLL ³⁾ vertritt, ist nicht überzeugend. Danach soll die Befugnis des vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten zur Leistung der zweiten Unterschrift niemals auf einer Ermächtigung des Gemeindedirektors, sondern nur auf einer der Gemeindevertretung beruhen können. Dies ergebe sich daraus, daß sich die Zuständigkeit des Gemeindedirektors nach § 51 III nwGemO nur auf die Übertragung der ihm selbst zustehenden Funktionen beziehen könne, nicht aber auf diejenigen Angelegenheiten, für die er selbst nicht zuständig sei. Da der Gemeindedirektor bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen die Macht, die Gemeinde zu vertreten, nur zum Teil besitze, könne er den ihm nicht zustehenden Teil auch nicht übertragen. MOLL ⁴⁾ erkennt, daß die Bestimmung des § 56 I 2 nwGemO notwendig im Zusammenhang mit § 51 III nwGemO zu sehen ist ⁵⁾.

1) Moll: SKV 1960, 175; Zuhorn-Hoppe 287; a.A. Berkenhoff: Gem 1954, 157; s.a. die Formulierungen in § 54 II bwGemO; § 36 II 3 DGO und in § 71 II heGemO.

2) RdErl. des nwMdI v. 6.7.1959 Gem 1959, 192 f; Odenbreit-Hensel 354; Kottenberg § 56 Erl. II; Steinweg 21.

3) SKV 1960, 174 ff; Gem 1961, 100.

4) aaO

5) RdErl. des nwMdI v. 6.7.1959 Gem 1959, 192 f.

Die Vertretungsberechtigung im Sinne des § 56 I 2 nwGemO läßt sich für die Beamten und Angestellten nur daraus herleiten, daß der Gemeindedirektor ihnen gemäß § 51 III nwGemO durch ein organisationsrechtliches Mandat aus dem Komplex seiner Wahrnehmungszuständigkeiten in bestimmtem Umfange einzelne Zuständigkeiten einräumt.

e₁) In Schleswig-Holstein sind Verpflichtungserklärungen der haupt- und ehrenamtlich verwalteten Landgemeinden nur rechtsverbindlich, wenn sie vom Bürgermeister und einem seiner allgemeinen Vertreter abgegeben werden ¹⁾. Ist der Bürgermeister verhindert, so bedarf es der Mitwirkung der beiden allgemeinen Vertreter; ist auch einer der allgemeinen Vertreter verhindert, so muß die Gemeindevertretung einen weiteren allgemeinen Vertreter wählen ²⁾.

In den Städten in Schleswig-Holstein können Verpflichtungserklärungen vom Verwaltungsleiter, seinem ständigen allgemeinen Vertreter und bei dessen Verhinderung auch vom allgemeinen Vertreter zusammen mit einem haupt- oder ehrenamtlichen Mitglied des Magistrats abgegeben werden. Das Magistratsmitglied ist nicht in jedem Falle Vertreter des Verwaltungsleiters ³⁾.

2. Die kollegialischen Gesamtwalter

a₁) Konkrete Vertretungsbefugnis

Eine von zwei kollegialischen Gesamtwaltern abgegebene Verpflichtungserklärung ist für die Gemeinde aber nur dann rechtsverbindlich, wenn die handelnden Personen auch zur Abgabe der konkreten Erklärung (in concreto) zuständig sind; die

1) §§ 50 II, 57 II schlhGemO.

2) Galette-Laux § 50 Erl. 3 a.

3) § 61 II schlhGemO; Galette-Laux § 61 Erl. 3.

Zuständigkeit zur Vornahme irgendeiner Außenvertretungshandlung überhaupt (in abstracto) genügt nicht ¹⁾. Die neben dem Verwaltungsleiter oder seinem ständigen allgemeinen Vertreter bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen für die Gemeinde Handelnden müssen daher nicht nur auf irgendeinem (Verwaltungs-) Aufgabengebiet zur Außenvertretung befugt sein, sondern gerade für den Geschäftsbereich, in dem die Verpflichtungserklärung anfällt.

Die Vertretungsberechtigung der Magistratsmitglieder, die in den Gemeinden in Hessen und Schleswig-Holstein mit Magistratsverfassung zur Mitwirkung bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen berufen sind, ergibt sich unmittelbar auf Grund der §§ 71 II 2 heGemO, 61 II 2 schlhGemO. Die Magistratsmitglieder sind daher, auch über ihre eigenen Arbeitsgebiete hinaus, zur Mitwirkung in concreto zuständig ²⁾.

Anders ist es nach den Bestimmungen der übrigen Gemeindeverfassungen, die eine Gesamtwaltung anordnen. Hier ist die Vertretungsberechtigung der Mitwirkenden im Einzelfall festzustellen. Die ständigen allgemeinen Vertreter sind danach immer, die allgemeinen Vertreter nur im Falle der Verhinderung des Verwaltungsleiters und/oder der ständigen allgemeinen Vertreter zur Mitwirkung in concreto zuständig. Das gleiche gilt für die ständigen Sondervertreter im Rahmen ihrer Arbeitsgebiete. Darüberhinaus sind die Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleitung grundsätzlich zur Mitwirkung unzuständig.

Es ist insbesondere auch nicht zulässig, zur Vereinfachung der gemeindlichen Außenvertretung die Vertretungsberechtigung der ständigen Sondervertreter dadurch zu erweitern, daß der

1) Vgl. zu § 36 II 3 DGO: Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Elleringmann: RVBl 57, 828; Schlempp 26 f; Lünenbürger 73 f. Zu den Bestimmungen der geltenden Gemeindeverfassungen behandelt lediglich Kunze-Schmid § 54 Erl. II 1 diesen Fragenkreis.

2) Muntzke-Schlempp 776; Galette-Laux § 61 Erl. 3.

Verwaltungsleiter sie durch allgemeine Anordnung ermächtigt, auch außerhalb des ihnen jeweils übertragenen Arbeitsgebietes untereinander bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen mitzuwirken. Den so ermächtigten Ersatzwaltern würde dadurch nämlich eine Stellung eingeräumt, die die Gemeindeverfassungen nur dem ständigen allgemeinen Vertreter vorbehalten haben 1).

Die im Einzelfall sachlich erforderliche Vertretungsbe-
rechtigung der Ersatzwalter ist aber auch dann nicht gegeben, wenn ihnen - neben ihren jeweiligen Arbeitsgebieten oder auch ohne diese - als Arbeitsgebiet übertragen wird, bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen auf einem ihnen sonst fremden Arbeitsgebiet eines anderen Ersatzwalters ohne Rücksicht auf dessen Verhinderung mitzuwirken. Der Begriff des Arbeitsgebietes enthält nämlich eine sachliche und nicht funktionelle Abgrenzung (Leistung einer Unterschrift), so daß die Ersatzwalter immer nur im Rahmen des Arbeitsgebietes vertretungsberechtigt sind, in dem ihnen auch die Wahrnehmung der betreffenden Angelegenheit obliegt 2).

Zulässig ist es dagegen, daß jeweils ein ständiger Sondervertreter - außerhalb seines Arbeitsgebietes - vom Verwaltungsleiter den dienstlichen Auftrag erhält, bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen aus dem Arbeitsgebiet 3) eines bestimmten 4) anderen ständigen Sondervertreters mitzuwirken 5). Der Zweitmitwirkende wird dann als dienstlich Beauftragter im Rahmen einer bestimmten Angelegenheit tätig.

1) Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Lünenbürger 74 f, Schlempp 27.

2) Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Lünenbürger 74; Elleringmann: RVBl 57, 828; a.A. Schlempp 27.

3) Der dienstliche Auftrag kann sich auf ein bestimmtes Gebiet erstrecken, vgl. oben S. 69.

4) Nur mit dieser Einschränkung kann man Kunze-Schmid § 54 Erl. II 1 zustimmen.

5) Surén-Loschelder § 36 Erl. 3.

Zuständig zur Mitwirkung bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen können - außer den Ersatzwaltern - aber auch Gemeindebedienstete sein, sofern ihnen insoweit ein dienstlicher Auftrag erteilt worden ist. Es ist insbesondere möglich, daß neben dem ständigen Sondervertreter auch ein Gemeindebediensteter kraft eines dienstlichen Auftrages zur Mitwirkung zuständig ist, der dem ständigen Sondervertreter in dessen Arbeitsgebiet nachgeordnet ist ¹⁾. Möglich ist schließlich, daß ein in einem anderen Arbeitsgebiet tätiger Gemeindebediensteter dienstlich beauftragt wird, bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen aus dem Arbeitsgebiet eines bestimmten anderen ständigen Sondervertreters mitzuwirken ²⁾.

b₁) Gleichwertigkeit der beiden Gesamtwalter

Die beiden Gesamtwalter sind bei der Unterzeichnung verpflichtender Erklärungen einander gleichgeordnet; gemeinschaftlich nehmen sie die Außenvertretungszuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung wahr. Die Gesamtwaltung begründet daher für beide Organwalter ein gegenseitiges Kontrollrecht und eine entsprechende Mitverantwortung. Die Unterschrift des Zweitmitwirkenden ist keineswegs nur ein Sichtvermerk ³⁾. Zwischen dem Erst- und Zweitunterzeichnenden besteht demnach auch kein qualitativer Unterschied, der es rechtfertigte, daß der Zweitunterzeichnende den Weisungen des Erstunterzeichnenden unterliegt ⁴⁾, insbesondere kann der Zweitunterzeichnende nicht zur Mitwirkung angewiesen werden ⁵⁾.

1) Berkenhoff: Gem 1954, 157; Schlempp 35.

2) Surén-Loschelder § 36 Erl. 3.

3) So Nußbaum: ABR 21, 7; Hild 19; Eckhardt 97; Kunze-Schmid § 54 Erl. II 1; a.A. Fisch: KPBl 1961, 577; ders.: Gem 1960, 142.

4) Muntzke-Schlempp 777; Eckhardt 98; s.a. Moll: SKV 1960, 175; ders.: Gem 1961, 100.

5) A.A. Fisch: KPBl 1961, 577; ders.: Gem 1960, 142.

c) Der rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte

Verpflichtungserklärungen der Gemeinden können auch von einem rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter abgegeben werden.

1. An sich bedarf eine Vollmacht in bürgerlich-rechtlichen Angelegenheiten, die zu einem bestimmten Handeln für die Gemeinde berechtigt, keiner besonderen Form ¹⁾. Lediglich die Bevollmächtigung zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen muß den für diese Erklärungen selbst geltenden Zuständigkeitsregelungen und besonderen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten entsprechen ²⁾. Dies gilt allgemein für alle rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigungen zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen und nicht nur für diejenigen Vollmachten, die gleichzeitig eine Verpflichtungserklärung enthalten, wie z.B. bei Geschäftsbesorgungsverträgen ³⁾.

Fällt jedoch ein verpflichtendes Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluß bevollmächtigt werden soll, in den Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung ⁴⁾, so bedarf die Vollmacht den genannten Erfordernissen nicht ⁵⁾.

2. Die kommunalrechtlichen Voraussetzungen, deren Beachtung für die Bevollmächtigung zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung verlangt werden, stehen nicht im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzip (Art. 3, 55, 218 EGBGB), insbesondere auch nicht zu § 167 II BGB, der anordnet, daß die Vollmachtserklärung nicht der Form bedarf, welche für das

1) Vgl. oben S. 76.

2) § 54 IV bwGemO; § 71 II 3 heGemO; § 63 III ndsGemO; § 56 IV nwGemO; § 56 II rhpfSVG; §§ 50 III, 57 III, 61 III schlhGemO.

3) Vgl. Lünenbürger 101; Schlempp 38; Diekamp 138.

4) Vgl. dazu unten S. 133 ff.

5) § 63 IV ndsGemO; § 56 III rhpfSVG; §§ 50 IV, 57 IV, 61 IV schlhGemO; s.a. Kunze-Schmid § 53 Erl. II 4; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 4; Muntzke-Schlempp 782; Elleringmann: revDGO 76.

Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht ¹⁾.

Soweit die Gemeindeverfassungen für die Bevollmächtigung ausdrücklich die Beachtung der Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten verlangen, die bei Abgabe der Verpflichtungserklärung selbst einzuhalten sind, gilt das bereits Ausgeführte ²⁾. Bei diesen Erfordernissen handelt es sich um organisationsrechtliche Vorschriften, die dem öffentlichen Recht angehören, so daß die Bevollmächtigung nicht entgegen § 167 II BGB einer geschäftsrechtlichen Form unterstellt wird ³⁾.

Aber auch in Bayern, Bremerhaven und im Saarland, wo die Gemeindeverfassungen eine solche ausdrückliche Regelung nicht enthalten, ist die Bevollmächtigung zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung den genannten organisationsrechtlichen Bestimmungen zu unterstellen, so daß auch hier § 167 II BGB nicht berührt wird. Die Anwendbarkeit der entsprechenden Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten auch in Bayern, Bremerhaven und im Saarland ergibt sich daraus, daß diese Vorschriften sonst bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen durch Bevollmächtigte umgangen werden könnten. Der Bevollmächtigte muß und kann diese Bestimmungen nicht einhalten, da er eine eigene Erklärung abgibt, auf die die organisationsrechtlichen Vorschriften für die Gemeindeerklärungen nicht anzuwenden sind.

Die Vollmachtserteilung zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen unterliegt daher den gleichen Voraussetzungen wie die

1) § 167 II BGB gilt allerdings auch innerhalb des bürgerlichen Rechts nicht unbeschränkt, vgl. Lünenburger 102 und die dort in Anm. 263 zitierten RG-Urteile.

2) Vgl. oben S. 106.

3) Vgl. auch Schlempp 39; Muntzke-Schlempp 765; Diekamp 138: bei der Frage der Voraussetzungen für eine Vollmachtserteilung zur Abgabe verpflichtender Erklärungen sind auch öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte zu beachten.

Verpflichtungserklärung selbst, ohne daß in dieser Regelung ein Verstoß gegen § 167 II BGB zu sehen wäre ¹⁾.

d) In Sonderfällen

In bestimmten Sonderfällen können privatrechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärungen für die Gemeinden auch durch die Aufsichtsbehörde oder einen staatlichen Beauftragten abgegeben werden.

1. Die Ersatzvornahme ²⁾

Gibt eine Aufsichtsbehörde im Rahmen ihres Ersatzvornahmerechts eine Verpflichtungserklärung für die Gemeinde ab, so unterliegt sie dabei den gleichen Bindungen und Beschränkungen, die für das sonst zuständige Gemeindeorgan bei der Abgabe der Verpflichtungserklärung bestehen würden ³⁾. Daraus folgt, daß die Aufsichtsbehörde, die bei ihrem Tätigwerden grundsätzlich in die Wahrnehmung der Zuständigkeiten des ausgeschlossenen Außenvertretungsorgans eintritt, die Zuständigkeitsregelungen und besonderen Förmlichkeiten der Gemeindeverfassungen wenigstens sinngemäß zu beachten hat ⁴⁾. Die von der Aufsichtsbehörde abgegebenen Verpflichtungserklärungen bedürfen daher der Schriftform und müssen handschriftlich unterzeichnet sein ⁵⁾. Da die

1) So im Ergebnis: Kunze-Schmid § 54 Erl. IV 3; Helmreich-Widtmann Art. 39 Erl. 5; Bohley: BayBm 1953, 269; Muntzke-Schlempp 765; Diekamp 138; Kottenberg § 56 Erl. IV; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 56 Erl. 1; Galette-Laux § 50 Erl. 4; Eckhardt 100; Schlempp 39; Lünenbürger 102 f; Surén-Loschelder § 36 Erl. 5; Elsner: HBKWP I, 322; a.A. Jansen: RVBl 56, 652; Schneider: JW 1935, 2030; s.a. Lemke: RVBl 56, 818; Janberg: RVBl 56, 654; Armbruster: RVBl 56, 755.

2) Vgl. oben S. 78 ff.

3) Vgl. oben S. 81.

4) Muntzke-Schlempp 1145.

5) Schlempp: DGemTg 1936, 53; Schlempp 47; Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Galette-Laux § 50 Erl. 3 b; Helmreich-Widtmann Art. 113 Erl. 4; Masson Art. 113 Erl. 7; a.A. Eckhardt 77; Grosdidier 26.

Aufsichtsbehörde bei der Ersatzvornahme jedoch nicht als Organ der Gemeinde, sondern als Staatsorgan kraft eigener gesetzlicher Zuständigkeit mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die Gemeinde handelt ¹⁾, braucht sie die Erfordernisse der Gesamtwaltung, die Beidrückung des Gemeindesiegels oder des Zusatzes "im Auftrage des Rates" nicht einzuhalten ²⁾. Diese Erfordernisse dienen nur dem Schutz der Gemeinde vor formal interessenwidrigem Handeln eines ihrer eigenen Organe bzw. Organwalter ³⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, daß die Verpflichtungserklärungen nicht unter der Amtsbezeichnung des jeweils zur Außenvertretung zuständigen Organs, sondern in den für die Aufsichtsbehörde maßgebenden Ausfertigungsformen, aber unter einwandfreier Klarstellung des aufsichtsbehördlichen Handelns abzugeben sind ⁴⁾. Es empfiehlt sich daher, zur Klarstellung die jeweilige Vorschrift der Gemeindeverfassung anzugeben, auf Grund derer die Aufsichtsbehörde tätig wird ⁵⁾.

2. Der Staatsbeauftragte ⁶⁾

Gibt ein Staatsbeauftragter im Rahmen seines Auftrages eine Verpflichtungserklärung für die Gemeinde ab, so bestehen für ihn die gleichen gesetzlichen Bindungen wie für den durch ihn ersetzten Organwalter des betreffenden Gemeindeorgans ⁷⁾.

1) Vgl. oben S. 80.

2) Kunze-Schmid § 123 Erl. 5; Galette-Laux § 125 Erl. 1 c; Berkenhoff 216; ders.: Gem 1954, 157.

3) Vgl. Galette-Laux § 50 Erl. 3 b.

4) Vgl. oben S. 81.

Schlempp: DGemTg 1936, 53; Surén-Loschelder § 36, Erl. 3; Lünenbürger 118; Steinweg 26; Helmreich-Widtmann Art. 113 Erl. 4.

5) Muntzke-Schlempp 1145; Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Galette-Laux § 50 Erl. 3 b.

6) Vgl. oben S. 82 ff.

7) Vgl. oben S. 86.

Da der Staatsbeauftragte die Stellung eines außerordentlichen Organwalters dieses Organs einnimmt, hat er also auch die Zuständigkeitsregelungen und besonderen Förmlichkeiten der Gemeindeverfassungen zu beachten ¹⁾. Verpflichtungserklärungen müssen daher, soweit dies die einzelne Gemeindeverfassung vorschreibt, z.B. mit dem Gemeindesiegel versehen sein ²⁾. Weiterhin bedarf z.B. der Staatsbeauftragte, der lediglich zur Wahrnehmung der Aufgaben des ursprünglichen Organwalters des Organs Verwaltungsleitung bestellt ist, der Mitwirkung eines zweiten Vertretungsberechtigten, wenn die Gemeindeverfassung Gesamtwaltung vorsieht ³⁾. Das gleiche gilt, falls der Staatsbeauftragte nur mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines Ersatzwalters des Organs Verwaltungsleitung, etwa eines ständigen Sondervertreters, beauftragt ist ⁴⁾. Die Mitwirkung eines zweiten Vertretungsberechtigten ist natürlich für den Fall entbehrlich, daß der Staatsbeauftragte auch mit der Wahrnehmung der Aufgaben des Mitvertretungsberechtigten oder aller Gemeindeaufgaben betraut ist ⁵⁾. Der Staatsbeauftragte unterzeichnet bei der Außenvertretung die Verpflichtungserklärungen unter der Amtsbezeichnung Verwaltungsleitung mit einem das jeweilige Beauftragungsverhältnis klarstellenden Zusatz ⁶⁾. Der Zusatz muß aufzeigen, ob der Staatsbeauftragte alle Gemeindeaufgaben wahrnimmt oder nur die Aufgaben des ursprünglichen Organwalters des Organs Verwaltungsleitung bzw. (auch) die eines Ersatzwalters ⁷⁾.

1) Eckhardt 78; Elleringmann: Grundlagen 77; Arens: Gem 1964, 9.

2) Lauritzen § 50 Erl. I 2.

3) Korte: SKV 1965, 247; Muntzke-Schlemp 1148; Galette-Laux § 50 Erl. 3 b; Lauritzen § 50 Erl. I 2; Rauball § 110 Erl. 6; a.A. Eckhardt 78; Salzwedel: Kommunalrecht 292.

4) Steinweg 25; Surén-Loschelder § 36 Erl. 3, Schlemp: DGemTg 1936, 53.

5) Lauritzen § 50 Erl. I 2; Galette-Laux § 50 Erl. 3 b; Steinweg 25.

6) Lauritzen § 50 Erl. I 2; Galette-Laux § 50 Erl. 3 b; Diekamp 127; Muntzke-Schlemp 1149; Schneider 135; Rauball § 110 Erl. 6; Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; a.A. Schlemp 49; ders.: DGemTg 1936, 53; Lünenbürger 120; Kunze-Schmid § 124 Erl. 4; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 127 Erl. 5.

7) Galette-Laux § 50 Erl. 3 b.

V. Die allgemeinen Verpflichtungserklärungen, die ohne Beachtung der Zuständigkeitsregeln und besonderen Förmlichkeiten abgegeben werden können

a) Die Geschäfte der laufenden Verwaltung

1. Die gesetzlichen Bestimmungen

Die gemeindeverfassungsrechtlichen Bestimmungen, die bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen die Beachtung besonderer Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten verlangen, erfahren in den meisten Gemeindeverfassungen eine Durchbrechung, die für den täglichen Geschäftsbetrieb der Gemeinden zwar notwendig, im Interesse der Rechtssicherheit aber wenig erfreulich ist. Diese Gemeindeverfassungen legen nämlich fest, daß die Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten dann nicht zu beachten sind, wenn es sich bei den Verpflichtungserklärungen handelt um:

- " Geschäfte der laufenden Verwaltung " 1),
- " einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung " 2),
- " Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Stadt geldlich nicht von erheblicher Bedeutung sind " 3),
- " Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde von nicht erheblicher Bedeutung sind " 4),
- " Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde finanziell unerheblich sind " 5),
- " Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde wirtschaftlich nicht von erheblicher Bedeutung sind " 6).

1) § 54 IV bwGemO; § 63 IV ndsGemO; § 57 saarlKSVG.

2) § 56 III nwGemO.

3) § 48 Ziff. 8 brhVStVerf.

4) § 71 II heGemO.

5) § 56 III rhpfSVG.

6) §§ 50 IV, 57 IV, 61 IV schlhGemO.

Lediglich die Gemeindeordnung von Bayern und die Bürgermeisterverfassung in Hessen sehen bei den sog. Geschäften der laufenden Verwaltung keinerlei Befreiung von den bestehenden Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten vor ¹⁾.

2. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen

Will man den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung inhaltlich näher bestimmen, so muß man zunächst feststellen, ob der Begriff nur seinem Wortlaut oder auch seinem Inhalt und Umfang nach in den einzelnen Gemeindeverfassungen unterschiedlich gebraucht wird. Dazu ist es erforderlich, kurz auf die langjährige Entwicklung einzugehen, den dieser Begriff in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre genommen hat.

a₁) Ursprünglich diente der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung im Gemeindeverfassungsrecht zur Abgrenzung der Zuständigkeiten der Verwaltungsleitung gegenüber denen der Gemeindevertretung. Erstmalig gesetzlich niedergelegt wurde er in dieser Weise in der PrLGO 1891 ²⁾.

Dort heißt es in § 88 IV:

"Insbesondere liegen dem Gemeindevorsteher folgende Geschäfte ob: ... 3.) die Beschlüsse der Gemeindeversammlung ... zur Ausführung zu bringen und demgemäß die laufende Verwaltung bezüglich des Vermögens und der Einkünfte der Gemeinde ... zu führen ...".

Spätere Gemeindeverfassungen haben den Begriff zur Zuständigkeitsabgrenzung von Verwaltungsleitung und Gemeindevertretung übernommen ³⁾. Nur im Zusammenhang mit dem Streit über

1) Vgl. Art. 38 II bayGemO; § 79 IV heGemO.

2) Vgl. oben S. 87.

3) Vgl. Lünenbürger 138 Anm. 63.

die Zuständigkeitsabgrenzung haben sich die Gerichte anfänglich auch mit dem Begriff befaßt ¹⁾. Später hat das Reichsgericht den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung aus rein praktischen Gründen auch zur Abgrenzung der förmlichkeitsgebundenen von den nicht-förmlichkeitsgebundenen Verpflichtungsgeschäften herangezogen ²⁾. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung erhielt also einen doppelten Anwendungsbereich.

Der Gesetzgeber übernahm die Ergebnisse dieser Rechtsprechung zunächst in § 45 III PrGemFinG vom 15.12.1933 ³⁾. Gemäß § 45 III aaO war die Beachtung der Förmlichkeiten nicht notwendig: "wenn es sich um Rechtsgeschäfte über die Lieferung von Waren an die Gemeinde oder die Leistung von Diensten für sie handelt, die finanziell von nicht erheblicher Bedeutung sind und die in der Wirtschaft der Gemeinde ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren".

Beim Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 ⁴⁾ ging der Gesetzgeber jedoch einen völlig anderen Weg und führte gemäß § 36 II DGO den Förmlichkeitszwang für alle Verpflichtungserklärungen ein. Damit war die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eingeleitete Rechtsentwicklung zunächst unterbrochen. Sie wurde jedoch durch § 3 der 2. DVO zur DGO vom 25.3.1936 ⁵⁾ wieder aufgenommen. Diese Bestimmung ließ den Förmlichkeitszwang entfallen bei Geschäften "der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde geldlich von nicht erheblicher Bedeutung sind " ⁶⁾.

1) Vgl. ProVG, Urt. v. 20.2.1900 ProVGE 37, 116 ff.

2) RG, Urt. v. 11.11.1911 JW 1912, 96 f; RG, Urt. v. 5.7.1912, JW 1912, 925 f.

3) GS S. 442.

4) RGB1 I S. 49.

5) RGB1 I S. 272.

6) Vgl. auch den Wortlaut des § 55 I Ziff. 8, 10 DGO.

Die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts hatte den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung inhaltlich dahin geprägt, daß zur laufenden Verwaltung außer gewissen vorbereitenden Maßnahmen alle diejenigen Geschäfte gehören, "die in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich sachlich von weniger erheblicher Bedeutung sind" ¹⁾. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Begriffsmerkmale gingen in § 3 der 2. DVO zur DGO ein. § 3 aaO verlangte daher, um Verpflichtungserklärungen vom Förmlichkeitszwang nach § 36 II DGO auszunehmen, nicht zweierlei, nämlich erstens, daß das Geschäft ein laufendes, und zweitens, daß es für die Gemeinde geldlich nicht von erheblicher Bedeutung sein müsse. Vielmehr sprach diese Bestimmung von den Geschäften der laufenden Verwaltung schlechthin und fügte den Zusatz der finanziellen Unerheblichkeit nicht als Einschränkung, sondern als besonderes Auslegungsmerkmal bei, das sich nicht - wie das Merkmal der regelmäßigen Wiederkehr - aus dem Wortlaut "laufende Verwaltungsgeschäfte" unmittelbar ergibt ²⁾. Die Rechtsprechung hatte den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung doch gerade durch das Merkmal der finanziellen Unerheblichkeit näher umschreiben und nicht neben den Begriff der "laufenden Verwaltung" den der "geringfügigen Bedeutung" stellen wollen ³⁾.

b₁) Die heutigen Gemeindeverfassungen verwenden, wenn sie Verpflichtungserklärungen vom Förmlichkeitszwang ausnehmen, einen Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung, der dem in § 3 der 2. DVO zur DGO entspricht. Der Zusatz der "geldlichen", "finanziellen", "wirtschaftlichen" oder auch allgemeinen Unerheblichkeit ist daher ebenfalls nur eine Auslegungsregel.

1) RG, Urt. v. 24.11.1934 RGZ 146, 50 im Anschluß an das Urteil des PrOVG v. 18.11.1915 PrOVGE 70, 119; s.a. RG, Urt. v. 1.3.1927 RGZ 116, 249.

2) Vgl. Lünenbürger 141.

3) Lünenbürger 141; Diekamp 171 f; Elleringmann: revDGO 67 f; a.A. Schlempp 76; Surén-Loschelder § 36 Erl. 4.

Keinesfalls wird durch diesen Zusatz der Begriffsinhalt der Geschäfte der laufenden Verwaltung so verändert, daß neben die "laufende Verwaltung" die "finanzielle", ... Unerheblichkeit tritt. Trotz seines unterschiedlichen Wortlauts kann daher der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung inhaltlich allgemeingültig für alle Gemeindeverfassungen festgestellt werden ¹⁾.

c₁) Zweifel könnten insoweit allerdings bezüglich des § 56 III nwGemO bestehen, wo die Rede von "einfachen Geschäften der laufenden Verwaltung" ist. Das Adjektiv "einfach" könnte nämlich den Bedeutungsinhalt des Begriffs der Geschäfte der laufenden Verwaltung einengen ²⁾. Dieser Auslegung stehen jedoch zunächst die bei der Beratung der nwGemO zu Tage getretenen Beweggründe des Landesgesetzgebers entgegen, aus denen sich ergibt, daß in Nordrhein-Westfalen der Umfang der Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht grundsätzlich verkleinert werden sollte. So erklärte z.B. der Ausschußvorsitzende Dr. Meyers in der 54. Sitzung des Ausschusses zur Beratung der Gemeinde-, Amts- und Kreisordnung des Landtages NW am 27.6.1952 ³⁾:

"Genau umschrieben konnten die Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht werden, weshalb man diese Begriffsbestimmung gewählt hat. Man hat sie dadurch etwas eingeschränkt oder umschrieben, daß man in der z. Zt. geltenden revDGO gesagt hat, daß es Geschäfte sind, die geldlich für die Gemeinde nicht von erheblicher Bedeutung sind. Das Wort "geldlich" haben wir damals für ein so schlechtes Deutsch gehalten, daß wir uns gesagt haben, wir suchen eine andere und bessere Formulierung für denselben Inhalt. Bei dieser Suche haben wir in der bayrischen Gemeindeordnung die jetzige Formulierung "einfache

1) Davon gehen ohne nähere Begründung auch Eckhardt 83 ff und Berroth 120 ff aus.

2) So etwa Kottenberg § 28 Erl. IV; Zuhorn-Hoppe 172 f.

3) StenoBer GemO NW, Nr. 925/52 S. 57 f.

Geschäfte der laufenden Verwaltung" entdeckt und sie unserem Willen entsprechend für brauchbar gehalten. Damals sind wir der Ansicht gewesen: Einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung sind Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die einzelne Gemeinde geldlich nicht von erheblicher Bedeutung sind " .

Der Ausschuß zur Beratung der nwGemO wollte also an Stelle des Umschreibungsmerkmals "geldlich unerheblich" den sprachlich besseren Ausdruck "einfach" setzen. Dadurch sollte der historisch überkommene Begriffsinhalt der Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht eingeengt werden.

Die in den Beratungsprotokollen niedergelegte Ansicht braucht jedoch nicht notwendig den wahren Willen des Gesetzgebers darzustellen; letztlich kann dieser nur durch Auslegung ermittelt werden. Danach ist davon auszugehen, daß auch der Zusatz "einfach" nur ein Auslegungsmerkmal sein soll und der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung durch diesen Zusatz ebensowenig eingeschränkt wird wie durch den Zusatz der "finanziellen Unerheblichkeit". Während jedoch durch den ursprünglichen Zusatz die "finanzielle Unerheblichkeit" der Geschäfte der laufenden Verwaltung ausdrücklich betont werden sollte, kommt dem Zusatz "einfach" eine weitergehende Bedeutung zu. Schon vom sprachlichen her gesehen, deckt sich nämlich die finanzielle Unerheblichkeit nicht völlig mit der Einfachheit eines Geschäfts ¹⁾. Einfach ist ein Geschäft, wenn es sachlich ohne Bedeutung ist ²⁾. Sachlich bedeutungsvoll können für eine Gemeinde aber neben den finanziellen Auswirkungen eines Geschäfts auch die politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen sein ³⁾. Die nwGemO hat dem Begriff der Geschäfte der laufenden

1) So auch Diekamp 173 Anm. 2.

2) Zuhorn-Hoppe 172; s.a. unten S. 138.

3) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3 a.

Verwaltung somit ein neues über die finanzielle Unerheblichkeit hinausgehendes Auslegungsmerkmal beigegeben, ohne jedoch den Begriff seinem Inhalte nach einzuschränken ¹⁾.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung trotz des unterschiedlichen Wortlautes der einzelnen Gemeindeverfassungen inhaltlich im gleichen Sinne gebraucht wird, wenn Verpflichtungserklärungen vom Förmlichkeitszwang ausgenommen werden sollen.

3. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung bei der Zuständigkeitsabgrenzung

Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung dient im Gemeindeverfassungsrecht aber nicht nur dazu, Verpflichtungserklärungen vom Förmlichkeitszwang auszunehmen, er wird vielmehr auch benutzt, um die Zuständigkeiten von Verwaltungsleitung und Gemeindevertretung voneinander abzugrenzen ²⁾. Allerdings erscheint der Begriff in diesem Zusammenhang dann idR ohne einen die "finanzielle, wirtschaftliche, ... Unerheblichkeit" betonenden Zusatz. Lediglich die Gemeindeordnungen von Bayern und Nordrhein-Westfalen sprechen (auch) bei der Zuständigkeitsabgrenzung von "einfachen" Geschäften der laufenden Verwaltung ³⁾. Der Zusatz "einfach" ist dem Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung jedoch auch hier nur als Auslegungsmerkmal und nicht als Einschränkung beigelegt ⁴⁾.

1) Vgl. dazu auch Diekamp 168-174 (173): einfach = unschwierige Erledigung; Göb: Gem 1957, 167 ff (168): einfach = geldlich unerheblich; Althaus: Recht 53: einfach = geldlich unerheblich; s.a. Wessel 124; Köckritz: KD 1954, 112; Eckhardt 88: "einfach" begründet die Vermutung, daß Geschäft im Zweifel kein "laufendes" ist; Benner 179 ff; Becker: DVBl 1956, 8; Berkenhoff 142: der Ausdruck "einfach" dient nur der Veranschaulichung, nicht der Einschränkung der Geschäfte der laufenden Verwaltung.

2) § 44 II 1 bwGemO; Art. 37 I Ziff. 1 bayGemO; § 28 III nwGemO; § 47 I Ziff. 1 rhpfSVG; § 54 III 1 saarlKSVG.

3) Art. 37 I Ziff. 1 bayGemO; § 28 III nwGemO.

4) Vgl.: Becker: DVBl 1956, 8; Diekamp 173/174.

Da es sich bei den Zusätzen der "finanziellen, ... Unerheblichkeit" und "Einfachheit" lediglich um Auslegungsregeln handelt, die den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht einschränken, bestimmt sich der Begriff trotz seines unterschiedlichen Wortlautes und unabhängig von seinem jeweiligen Anwendungsbereich in den Gemeindeverfassungen inhaltlich gleich ¹⁾. Liegt demnach bei der Frage der Zuständigkeitsabgrenzung ein (Verpflichtungs-) Geschäft der laufenden Verwaltung vor, für das das Organ Verwaltungsleitung auch zur Willensbildung zuständig ist, so kann die Erklärung ohne Einhaltung der Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten abgegeben werden. Zählt andererseits ein (Verpflichtungs-)Geschäft bei der Frage der Zuständigkeitsabgrenzung nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung und ist daher die Gemeindevertretung zur Beschlußfassung zuständig, so muß der Verwaltungsleiter diese Erklärung auch unter Beachtung der genannten Vorschriften abgeben. Die Schutzfunktion der gemeindeverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten entfällt also bei einem (Verpflichtungs-)Geschäft, für dessen Beschlußfassung der Verwaltungsleiter zuständig ist, während sie bei einem (Verpflichtungs-)Geschäft, für dessen Beschlußfassung die Gemeindevertretung zuständig ist, gerade ihren wichtigsten Anwendungsbereich hat.

Inhalt und Umfang der Geschäfte der laufenden Verwaltung lassen sich daher einheitlich für beide Anwendungsbereiche des Begriffs festlegen. Entsprechend können auch die von der Rechtsprechung und Rechtslehre zur Ausfüllung und Verdeutlichung des Begriffs entwickelten Grundsätze und Merkmale wechselseitig einmal zur Zuständigkeitsabgrenzung von Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung zum anderen zur Befreiung vom Förmlichkeits- und Verfahrenszwang bei Verpflichtungserklärungen herangezogen werden.

1) So Seeger: BWVB1 1957, 52; Göb: Gem 1957, 169; s.a. Lünenbürger 139; Benner 178.

4. Der Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung

- a) nach der Festlegung durch Rechtsprechung und Rechtslehre

Der Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung läßt sich weder zahlen- noch katalogmäßig genau umschreiben. Diese Tatsache wird man allerdings als unabänderlich hinzunehmen haben, da es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff ¹⁾ handelt, dessen Festlegung auf einen konkreten Inhalt immer Schwierigkeiten bereitet. Lassen sich somit die Geschäfte der laufenden Verwaltung zwar nicht generell bestimmen, so kann man doch Begriffsmerkmale herausarbeiten, die dem Begriff einen festeren und allgemeingültigeren Inhalt geben. Diesen Weg sind auch Rechtsprechung und Rechtslehre gegangen. Als Kriterien der Geschäfte der laufenden Verwaltung werden danach idR angesehen ²⁾:

- das Geschäft muß in dieser Form und in diesem Umfang im Verwaltungsablauf der Gemeinde in mehr oder weniger regelmäßiger Folge wiederkehren,
- das Geschäft muß seiner Art nach sachlich unerheblich sein, so daß es ohne Schwierigkeiten nach feststehenden Grundsätzen erledigt werden kann,
- das Geschäft darf wirtschaftlich bzw. finanziell nicht von großer Bedeutung sein ³⁾.

1) Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 56 Erl. 3.

2) ProVG, Urt. v. 18.11.1915, ProVGE 70, 119; RG, Urt. v. 24.11.1934 RGZ 146, 50; BGH, Urt. v. 31.1.1953 BGHZ 8, 397; BGH, Urt. v. 23.6.1954 BGHZ 14, 97 - 100; BGH, Urt. v. 24.3.1955 DVBl 1955, 462; BGH, Urt. v. 19.12.1955 DVBl 1956, 236; BGH, Urt. v. 14.6.1956 BGHZ 21, 63; BGH, Urt. v. 15.6.1960 BGHZ 32, 378/79; OLG Celle, Urt. v. 28.11.1957 MDR 1958, 338; VGH Bay, Urt. v. 14.8.1963 BayVBl 1963, 357; OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.9.1965 NJW 1966, 59; Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Seeger: BWVBl 1957, 51 ff; Bohley: BayBm 1953, 244; Masson Art. 37 Erl. 5; Lüersen-Neuffer § 62 Erl. 8; Köckritz: KD 1954, 109 ff; Salzwedel: Kommunalrecht 264; Zuhorn-Hoppe 172/173; Göb: Gem 1957, 165 ff, 205 ff; Surén-Loschelder § 36 Erl. 4; s.a. 1. RdErl. zu § 44 bwGemO; AB zu § 62 I ndsGemO.

3) Vgl. aber OVG Münster, Urteile v. 11.1.1956 RsprEntsch Nr. 1 - 3 zu § 28 nwGemO; s.a. Berkenhoff 141.

b₁) Eigene Festlegung

Eine Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs Geschäfte der laufenden Verwaltung hat vom Wortlaut her zu beginnen. Endgültig läßt sich der Begriffsinhalt jedoch nur unter Berücksichtigung des Zweckes festlegen, den der Gesetzgeber mit der Anwendung dieses Begriffs erreichen wollte. Dazu ist insbesondere die Interessenlage klarzustellen, die der Gesetzgeber bei seiner Regelung zu beachten hatte.

a₂) Seinem Wortsinn nach läßt sich der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung zunächst einmal dahin abgrenzen, daß darunter nicht nur diejenigen Geschäfte fallen, die zu einem gewissen Zeitpunkt "laufen", d.h. anhängig sind ¹⁾, sondern auch jene, die erst noch neu beginnen. Einerseits sprechen die Gemeindeverfassungen nämlich von Geschäften der "laufenden Verwaltung" und nicht wie die angeführten privatrechtlichen Bestimmungen von "laufenden Geschäften". Zum anderen wäre der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung sonst zur Zuständigkeitsabgrenzung nicht geeignet ²⁾.

Aus dem Wortsinn des Begriffs ergibt sich weiter, daß ein Geschäft nur dann zur "laufenden Verwaltung" gehört, wenn es im normalen Verwaltungsablauf "laufend", d.h. häufig und regelmäßig vorkommt. Die betreffende Angelegenheit muß also ihrer Natur und Beschaffenheit nach im Rahmen der üblichen Geschäftslage und des gewöhnlichen Geschäftsablaufs regelmäßig wiederkehren, insbesondere, weil sie "zur ungestörten und ununterbrochenen Fortführung der Verwaltung notwendig ist " ³⁾.

1) So aber der Sinn der §§ 49 BGB, 149 HGB.

2) Berroth 120; Göb: Gem 1957, 166; Surén-Loschelder § 36 Erl. 4; Bitter: DGemTg 1936, 731.

3) BGH, Urt. v. 24.3.1955 DVBl 1955, 462; BGH, Urt. v. 14.6.1956 BGHZ 21, 63; OLG Celle, Urt. v. 28.11.1957 MDR 1958, 338; s. aber Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Berroth 126.

Weitere Begriffsmerkmale lassen sich aus dem Wortlaut allein nicht mehr gewinnen. So sagt z.B. der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung nichts darüber aus, ob auch ein wirtschaftlich bzw. finanziell für die Gemeinde bedeutendes Geschäft noch unter diesen Kreis fällt ¹⁾.

Aber auch das aus dem Wortsinn gewonnene Kriterium der regelmäßigen Wiederkehr bedarf einer Korrektur, um dem Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung gerecht zu werden ²⁾. Denn auch ein für die Gemeinde in jeder Beziehung völlig unbedeutendes und untergeordnetes Geschäft, das sich lediglich in größeren Zeitabständen oder aber sehr unregelmäßig wiederholt, muß zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählen. Vielfach hilft man sich daher in diesen Fällen mit der Behauptung, man dürfe das Erfordernis der Häufigkeit nicht überspannen und etwa verlangen, daß die Geschäfte alltäglich vorkommen. Es genüge eine mehr oder weniger häufige Wiederkehr, u.U. auch eine jährliche, z.B. bei Saldoanerkennnissen oder Kohlenkäufen. Ferner sollen nicht nur Geschäfte gleichen Inhalts, sondern auch solche verschiedenen Inhalts, aber gleicher Art zu den ständig wiederkehrenden zu rechnen sein ³⁾.

b₂) Da sich dem Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung - allein durch Auslegung dem Wortsinn nach - ein fester und allgemeingültiger Inhalt nicht geben läßt, ist bei der weiteren Auslegung auf den gesetzgeberischen Zweck und die Interessenlage zurückzugreifen. Dabei ist davon auszugehen, daß sich der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung einheitlich danach bestimmt, welche inhaltliche Bedeutung er bei der Frage der Zuständigkeitsabgrenzung hat ⁴⁾.

1) Benner 182; Diekamp 173 Anm. 2; s.a. Zuhorn-Hoppe 172.

2) Benner 182/183.

3) Vgl. etwa Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Seeger: BWVB1 1957, 52; Köckritz: KD 1954, 111.

4) Vgl. oben S. 131.

Alle Gemeindeverfassungen räumen der Gemeindevertretung die Stellung eines obersten Organs ein, das als Hauptorgan im Mittelpunkt gemeindlicher Verwaltung steht ¹⁾. Die Fülle der anstehenden Verwaltungsgeschäfte kann die Gemeindevertretung jedoch nicht allein bewältigen. Daher übertragen die Gemeindeverfassungen grundsätzlich die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Geschäfte der laufenden Verwaltung auf die Verwaltungsleitung. Sinn und Zweck der Zuständigkeitsübertragung ist es also, die Gemeindevertretung von der Masse der anstehenden Geschäftsvorfälle zu entlasten und sie der Verwaltungsleitung aufzubürden ²⁾. Dieser Interessenlage entspricht es, wenn sich die Gemeindevertretung nur mit den tatsächlich wichtigen Angelegenheiten der Verwaltung befaßt, während die Verwaltungsleitung die Angelegenheiten minderer Bedeutung erledigt ³⁾. "Wichtig" in diesem Sinne sind zunächst die von der Gemeindevertretung zu erarbeitenden Richtlinien und planerischen Grundsätze, nach denen die Verwaltung der Gemeinde geführt werden soll und die der Verwaltungsarbeit bestimmte Ziele und Vorstellungen vorgeben. Wichtig kann aber auch ein einzelnes Geschäft selbst sein, wenn es wegen seiner unmittelbaren sachlichen (wirtschaftlichen, kommunalpolitischen, finanziellen, usw.) Bedeutung und wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf die Gemeinde den Rahmen eventuell gegebener Richtlinien und Grundsätze überschreitet, weil es selbst von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung ist und daher selbst neue Ziele steckt ⁴⁾. Schließlich kann auch ein Geschäft, das für sich betrachtet ohne jede unmittelbare sachliche Bedeutung ist, von Wichtigkeit sein, wenn es im Zusammenhang mit anderen, folgenden ähnlichen Geschäften als Präzedenzfall für die Gemeinde erhebliche Auswirkungen hat ⁵⁾.

1) Vgl. oben S. 27.

2) Vgl. oben S. 28.

3) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 2.

4) Vgl. AB zu § 62 I ndsGemO; Lüersen-Neuffer § 62 Erl. 8; Muntzke-Schlempp 315.

5) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Seeger: BWVB1 1957, 52/53.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit, daß ein Geschäft für die Gemeinde von "geringerer Bedeutung" ist, wenn es sich nach den von der Gemeindevertretung bereits vorgezeigten Wegen und Grundsätzen erledigen läßt, keine erhebliche, unmittelbar sachliche Bedeutung hat und auch nicht als Präzedenzfall für die Gemeinde erhebliche Auswirkungen erlangen kann.

a₃) Aus diesen Grundsätzen folgt für die weitere Auslegung: Das allein aus dem Wortsinn gewonnene Kriterium der "regelmäßigen Wiederkehr" kann nicht Merkmal des Begriffs der Geschäfte der laufenden Verwaltung sein. Dem Gesetzgeber ist es nämlich erkennbar nicht auf die Regelmäßigkeit und Häufigkeit eines Geschäfts angekommen, sondern vielmehr darauf, die Geschäfte, die sich im Hinblick auf vorgegebene Verwaltungsziele einer Gemeinde nach feststehenden Grundsätzen und Richtlinien erledigen lassen, von denen zu trennen, die sich wegen ihrer besonderen Bedeutung bzw. wegen ihrer Auswirkungen auf die Gemeinde der Durchführung nach bereits bestehenden Grundsätzen und Richtlinien entziehen und neuer grundsätzlicher Festlegungen durch die Gemeindevertretung bedürfen. Erstes Begriffsmerkmal der Geschäfte der laufenden Verwaltung ist daher, daß sich das konkrete Geschäft formal nach den von der Gemeindevertretung festgelegten Grundsätzen der Verwaltungsführung oder nach sonst feststehenden Verwaltungsregeln innerhalb des von ihnen gelassenen Beurteilungs- oder Ermessensspielraums von der Verwaltungsleitung selbständig erledigen läßt ¹⁾. Die regelmäßige Wiederkehr eines Geschäfts stellt hierfür lediglich die Vermutung auf, daß das Geschäft, weil es zur Masse der anstehenden Geschäftsvorfälle zählt, nach bestimmten Grundsätzen und Richtlinien durchgeführt werden kann und keiner neuen Beurteilung bedarf. Auch einmalige, erstmalige oder seltene Geschäfte können somit zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören ²⁾.

1) Wolff VwR II § 75 I d 5; Benner 183; Zuhorn-Hoppe 173; Kotenberg § 28 Erl. IV; AB zu § 62 I ndsGemO.

2) Benner 183; Berroth 125; a.A. Lünenbürger 143; Elleringmann: revDGO 67; Seger: BWVB 1957, 52.

b₃) Ein konkretes Geschäft der Gemeinde fällt aber noch nicht deswegen in den Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung, weil man es nach vorgegebenen Grundsätzen und Richtlinien erledigen kann. Auch Angelegenheiten von erheblicher wirtschaftlicher oder finanzieller Bedeutung für eine Gemeinde können nämlich formal nach diesen Grundsätzen ausgeführt werden. Gleichwohl handelt es sich in diesen Fällen aber nicht um Geschäfte der laufenden Verwaltung, da diese Geschäfte wegen ihrer Bedeutung den Rahmen bestehender Richtlinien und Verwaltungsregeln idR überschreiten und daher in jedem Einzelfall der neuen Festlegung durch die Gemeindevertretung bedürfen.

Weiteres Erfordernis für das Vorliegen eines Geschäfts der laufenden Verwaltung ist also, daß das konkrete Geschäft hinsichtlich seiner sachlichen Bedeutung für die Gemeinde unerheblich ist. Dabei ist die sachliche Bedeutung eines Geschäfts danach zu messen, welche Auswirkungen es seiner konkreten Natur und Beschaffenheit nach auf die kommunalpolitischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und vor allem auch auf die finanziellen Belange einer Gemeinde nimmt ¹⁾. Diese Gesichtspunkte sind dem Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung zum Teil schon in den Gemeindeverfassungen als Auslegungsmerkmale beigegeben, so die Zusätze der "Einfachheit", der "finanziellen", "wirtschaftlichen", "geldlichen" Unerheblichkeit und der Zusatz der Unerheblichkeit schlechthin ²⁾. Die finanzielle Unerheblichkeit verweist somit nur auf einen Teilaspekt der sachlichen Unerheblichkeit, während die Zusätze der Einfachheit (= sachlich ohne Bedeutung) und der Unerheblichkeit schlechthin auf die gesamte sachliche Bedeutung eines Geschäfts hinweisen ³⁾.

1) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Seeger: BWVB1 1957, 52; Benner 182; Odenbreit-Hensel 364; Berroth 120 ff; Zuhorn-Hoppe 172.

2) Vgl. oben S. 124.

3) Vgl. Berroth 123; s.a. Zuhorn-Hoppe 172; Benner 181, 183; Odenbreit-Hensel 364.

a₄) Bei der Frage, ob ein konkretes Geschäft für die Gemeinde sachlich von Bedeutung ist, wird man zunächst auf die finanzielle Erheblichkeit abstellen müssen, da idR finanziell bedeutungsvolle Geschäfte eine besondere Belastung für die Gemeinde mitsichbringen und in ihren Auswirkungen nicht voll überschaubar sind. Diese Geschäfte sind meistens mit einem so großen Risiko verbunden, daß sie deswegen einer besonderen Festlegung durch die Gemeindevertretung bedürfen ¹⁾.

Die zu § 28 III nwGemO vertretene abweichende Ansicht, wonach diese Bestimmung die Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht nach ihrer größeren und geringeren geldlichen Bedeutung aufteile ²⁾, ist abzulehnen. Einerseits enthält nämlich bereits das Auslegungsmerkmal "einfach" (= sachlich unbedeutend) einen Hinweis auf die finanzielle Unerheblichkeit ³⁾, zum anderen ist ein auf die finanzielle Unerheblichkeit deutender Zusatz überhaupt entbehrlich, da er ohnehin nur Auslegungsmerkmal wäre und bereits begrifflich vorausgesetzt wird. Die finanzielle Unerheblichkeit ist einfach schlechthin ein Merkmal der laufenden Verwaltung ⁴⁾.

b₄) Sachlich erheblich kann für eine Gemeinde auch die kommunalpolitische Bedeutung eines Geschäfts sein. Insbesondere kann sich ein finanziell geringfügiges Geschäft im Einzelfall durchaus erheblich auf die politischen Belange und Gegebenheiten auswirken. So ist die Errichtung eines Denkmals für eine Großstadt idR finanziell unerheblich, gleichwohl kann das Geschäft wegen des damit unter Umständen verbundenen politischen Bekenntnisses sachlich von Bedeutung sein ⁵⁾.

1) Vgl. RG, Urt. v. 1.3.1927 RGZ 116, 249; Surén-Loschelder § 36 Erl. 4; Seeger: BWVB1 1957, 53.

2) So OVG Münster, Urteile v. 11.1.1956 RsprEntsch Nr. 1 - 3 zu § 28 nwGemO; Berkenhoff 141.

3) Vgl. oben S. 129/130.

4) Lünenbürger 141; Elleringmann: revDGO 67; Seeger: BWVB1 1957, 53; Berroth 120/121; Benner 181/182; a.A. für § 44 II bwGemO: Walz: HBKWP I, 266.

5) Vgl. zu diesem und weiteren Beispielen Berroth 123 Anm. 2.

c₄) Eng verbunden mit der kommunalpolitischen Bedeutung ist die kulturelle, soziale und wirtschaftliche Erheblichkeit eines Geschäfts, da sich diese Gesichtspunkte von den kommunalpolitischen Aspekten nicht scharf trennen lassen. So ist die Einrichtung einer Volksbücherei mit einem Betrag von beispielsweise 10.000.- DM in einer Großstadt von grundsätzlich kultureller Bedeutung. Darüberhinaus kann sie jedoch auch erheblich von kommunalpolitischem Einfluß sein. Der genannte Geschäftsvorgang ist somit auf jeden Fall sachlich bedeutungsvoll, auch wenn der Betrag von 10.000.- DM möglicherweise finanziell unerheblich ist.

d₄) Die sachliche Erheblichkeit eines Geschäfts mißt sich allein an der Bedeutung, die das konkrete Geschäft für die Gemeinde hat. Auf die Bedeutung des Geschäfts für den Partner der Gemeinde kommt es nicht an ¹⁾.

e₄) Die sachliche Bedeutung eines Geschäfts hängt auch nicht davon ab, daß das Geschäft aus der Sicht eines Fachmannes besondere rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten bei der Durchführung bereitet ²⁾. Für die sachliche Bedeutung eines Geschäfts sind nämlich allein die mit ihm verbundenen Auswirkungen auf die Belange der Gemeinde maßgebend. Sonst käme man auch zu dem widersinnigen Ergebnis, daß der sachkundige Verwaltungsleiter immer dann von der Erledigung eines Geschäfts ausgeschlossen wäre, wenn die Angelegenheit ein besonders hohes Maß an Fachkenntnissen erfordert ³⁾.

1) RG, Urt. v. 1.3.1927 RGZ 116, 249; RG, Urt. v. 24.11.1934 RGZ 146, 50; VGHBay, Urt. v. 5.3.1957 VwRSpr 9, 499; Berroth 127; Schlempp 76; Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; GÖb: Gem 1957, 167; a.A. Engelhard: RuPrVB1 53, 424.

2) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Seeger: BWVB1 1957, 53; Berkenhoff 142; OVG Münster, Urt. v. 11.1.1956 DÖV 1957, 866 = RsprEntsch Nr. 3 zu § 28 nwGemO; a.A. wohl VGHBay, Urt. v. 14.8.1963 BayVB1 1963, 357.

3) Vgl. Althaus: Recht 53; Odenbreit-Hensel 364; Becker: DVBl 1956, 8.

Diesem Ergebnis steht auch nicht das Erfordernis entgegen, daß sich das Geschäft formal nach feststehenden Grundsätzen erledigen lassen muß. Dieses Begriffsmerkmal bezieht sich nämlich lediglich auf das mit dem Geschäft angestrebte Verwaltungsziel der Gemeinde, nicht aber auf die Art der Durchführung.

c₃) Ein Geschäft gehört auch dann nicht zur laufenden Verwaltung, wenn es zwar seiner Natur nach selbst sachlich unerheblich ist, im Zusammenhang mit anderen, folgenden Geschäften als Präzedenzfall für die Gemeinde jedoch erhebliche Auswirkungen zeitigt ¹⁾. Drittes Begriffsmerkmal der Geschäfte der laufenden Verwaltung ist demnach, daß ein Geschäft nicht über seine eigene sachliche Bedeutung hinaus erhebliche Auswirkungen auf die Gemeinde hat.

c₁) Definition

Geschäfte der laufenden Verwaltung sind also diejenigen Geschäfte, die sich formal nach den von der Gemeindevertretung festgelegten Grundsätzen und Richtlinien der Verwaltungsführung oder nach sonstigen bestehenden Verwaltungsregeln innerhalb des von diesen gelassenen Beurteilungs- und Ermessensspielraums erledigen lassen, und die weder auf Grund ihrer sachlichen (= finanziellen, kommunalpolitischen, wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen) Bedeutung noch sonst für die Gemeinde Auswirkungen haben, die neue grundsätzliche Festlegungen der Verwaltungsziele erforderlich machen.

5. Begriffsanwendung

a₁) Ob ein konkretes Geschäft in einer bestimmten Gemeinde danach zur laufenden Verwaltung gehört, muß für jeden Einzelfall gesondert beurteilt werden. Dabei sind die besonderen örtlichen Verhältnisse der Gemeinde zu berücksichtigen, da sich

1) Vgl. oben S. 135/136.

die den einzelnen Gemeinden von ihren Gemeindevertretungen vorgegebenen Richtlinien und Verwaltungsziele nicht allgemein und abstrakt beurteilen lassen und es sich auch nicht allgemein feststellen läßt, ob ein Geschäft schon seiner sachlichen Bedeutung nach oder erst wegen seiner als Präzedenzfall hervortretenden Auswirkungen für die Gemeinde erheblich ist. Für diese Fragen kommt es in erster Linie auf die Größe bzw. Einwohnerzahl, die Finanz- und Geschäftslage sowie die Leistungsfähigkeit der Gemeinde an. Außerdem sind die besondere Eigenart, die Bedeutung und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Struktur der jeweiligen Gemeinde zu beachten ¹⁾. Auch der Gesamtumfang des Verwaltungszweiges, in dem das betreffende Geschäft anfällt, kann in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein ²⁾. Sogar von wechselnden Zeitumständen kann es abhängen, ob im Einzelfall ein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt ³⁾.

b₁) Aber auch unter Berücksichtigung der jeweiligen besonderen örtlichen Verhältnisse läßt sich nur schlecht allgemein festlegen, was als Geschäft der laufenden Verwaltung anzusehen ist. Gleichwohl wird vielfach angeregt, zur Erleichterung des Geschäftsablaufs den Kreis der Geschäfte, die zweifelsfrei zur laufenden Verwaltung gehören, durch die Gemeindevertretung festlegen zu lassen, insbesondere sollen Wertgrenzen angegeben werden ⁴⁾. Die 1. VerwVO zu § 28 nwGemO sieht die Festlegung

-
- 1) Vgl. 1. RdErl. zu § 44 bwGemO; Göbel § 44 Erl. 3; Seeger: BWVB1 1957, 53; Helmreich-Widtmann Art. 37 Erl. 2 a; 1. VwVO zu § 28 nwGemO; Berkenhoff 141; Odenbreit-Hensel 364; Zuhorn-Hoppe 172; § 28 II DVO zu §§ 50, 57, 61 schlhGemO; Galette-Laux § 28 Erl. 5.
 - 2) Kunze-Schmid § 44 Erl. II 3; Galette-Laux § 28 Erl. 5.
 - 3) So BGH, Urt. v. 23.6.1954 BGHZ 14, 89 ff.
 - 4) Vgl. 1. RdErl. zu § 44 bwGemO; Art. 37 I 2 bayGemO; Muntzke-Schlempp 780/781, Lüersen-Neuffer § 62 Erl. 8; 1. VwVO zu § 28 nwGemO; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 56 Erl. 3; §§ 50 IV 2, 57 IV 2, 61 IV 2 schlhGemO; § 28 II DVO zu §§ 50, 57, 61 schlhGemO.

der Geschäfte der laufenden Verwaltung in der Hauptsatzung zwar vor, empfiehlt jedoch zu Recht die Entscheidung, ob ein solches Geschäft im Einzelfall vorliegt, dem Ermessen des Verwaltungsleiters zu überlassen, da man kaum alle in der Praxis möglichen Vorgänge in einer allgemeinen Regelung erfassen kann ¹⁾.

c₁) Bei dem Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der der gesetzlichen Nachprüfung in vollem Umfange unterliegt und keinen Beurteilungsspielraum enthält. Die Gerichte können daher gegebenenfalls feststellen, ob die dem Begriff innewohnenden Grenzen eingehalten sind ²⁾. Geschäfts- und Dienstansweisungen und auch die Festlegung des Kreises der Geschäfte der laufenden Verwaltung in einer (Haupt-) Satzung haben somit nur Gesetzesauslegenden Charakter und sind keine authentische Interpretation des gesetzlichen Begriffs ³⁾.

b) Die Verpflichtungsgeschäfte auf Grund wirksamer Vollmacht

1. Entspricht die Vollmachtserklärung eines Bevollmächtigten den für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen geltenden Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten der Gemeindeverfassungen, so kann der für das Geschäft oder den Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigte die Verpflichtungsgeschäfte ohne Beachtung irgendwelcher weiteren Voraussetzungen abschließen ⁴⁾. Selbst wenn die Gemeindeverfassung sonst bei der

1) Vgl. Lünenbürger 145.

2) Vgl. Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 56 Erl. 3; Zuhorn-Hoppe 173; Seeger: BWVB1 1957, 53; Berroth 118; AB zu § 62 I ndsGemO; a.A. Benner 183 ff.

3) Seeger: BWVB1 1957, 53; Lüersen-Neuffer § 62 Erl. 8; Lindemann 92; Muntzke-Schlempp 781; Diekamp 177; Bitter: DGemTg 1936, 732; Berroth 118/119; s. aber für SchlH Galette-Laux § 50 Erl. 5; s.a. Schlempp 110; Lünenbürger 145.

4) § 54 IV bwGemO; § 71 II heGemO; § 56 IV nwGemO; Kunze-Schmid § 54 Erl. IV 3; Helmreich-Widmann Art. 39 Erl. 5; Muntzke-Schlempp 782; Kottenberg § 56 Erl. IV; Berkenhoff 165; ders.: Gem 1954, 157; Surén-Loßchelder § 36 Erl. 5.

Abgabe von Verpflichtungserklärungen Gesamtwaltung anordnet, kann der Bevollmächtigte allein handeln. Dies gilt natürlich nicht in den Fällen, wo sich die Vollmachtserteilung durch den oder die Organwalter ausdrücklich an zwei Personen als Gesamtvertreter richtet. Diese haben dann die im bürgerlichen Recht zur Gesamtvertretung entwickelten Grundsätze zu beachten ¹⁾.

2. Soweit die gemeindeverfassungsrechtlichen Bestimmungen anordnen, daß die von privatrechtlich bevollmächtigten Vertretern einer Gemeinde abgegebenen Verpflichtungserklärungen der Schriftform bedürfen ²⁾, sind sie wegen des bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzips (Art. 3, 55, 218 EGBGB) ihrer privatrechtlichen Bedeutung als Schriftform entkleidet und ungültig. Der Landesgesetzgeber kann geschäftsrechtliche Formvorschriften nicht aufstellen. Dies wird in der Literatur zum Gemeindeverfassungsrecht weitgehend verkannt ³⁾. Die angeführten Bestimmungen lassen sich daher nur als generelle Anweisungen an die Gemeindeorgane bzw. ihre Walter ansehen, Vollmachten zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen in der Weise auszustellen, daß der Bevollmächtigte nur unter Einhaltung der Schriftform Erklärungen abgeben darf ⁴⁾.

1) Vgl. dazu Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 167 Erl. 3.

2) § 63 III ndsGemO; § 56 II rhpfSVG; §§ 50 III 2; 57 III 2, 61 III 2 schlhGemO.

3) Vgl. Lauritzen § 50 Erl. I 2; Galette-Laux § 50 Erl. 4; Lüersen-Neuffer § 63 Erl. 4, 5; Römer: DNotZ 1956, 372; Lutter: MDR 1961, 362. Richtig aber Althaus: Recht 144; Steinweg 62/63.

4) So richtig Steinweg 63.

III. Kapitel Die Außenvertretung bei der Abgabe privatrechtsgeschäftlicher Erklärungen des Kassenverkehrs

§ 7 Die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs

I. Die Bestimmungen der Gemeindeverfassungen

Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte der Gemeinden finden sich nicht nur im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgeschäfte, sondern auch bei den sog. Kassengeschäften ¹⁾. Während aber zur Abgabe der allgemeinen privatrechtsgeschäftlichen Erklärungen das Organ Verwaltungsleitung zuständig ist ²⁾, bestimmen im Anschluß an § 94 DGO alle geltenden Gemeindeverfassungen, daß die Kassengeschäfte von einem besonderen Kassenverwalter geführt werden ³⁾; dieser ist für die Abgabe von privatrechtsgeschäftlichen Erklärungen im Bereiche der eigentlichen Kassengeschäfte allein, ausschließlich und uneinschränkbar zuständig ⁴⁾.

Die Bestimmungen des heutigen Gemeindeverfassungsrechts über das Kassen- und Rechnungswesen lehnen sich stark an die entsprechenden Vorschriften der Deutschen Gemeindeordnung an. Dabei beschränken sich die geltenden Gemeindeverfassungen auch nur auf die Fixierung einiger weniger Grundsätze und überlassen die Regelung der Einzelheiten besonderen Durchführungsverordnungen. Sie folgen in dieser Hinsicht also ebenfalls dem Vorbild der Deutschen Gemeindeordnung, für die auf Grund der Ermächtigungsgrundlage in § 105 II Ziff. 5 DGO die Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden vom

1) Vgl. zu dieser Aufteilung oben S. 40.

2) Vgl. oben §§ 5, 6.

3) § 108 II bwGemO; Art. 99 I bayGemO; § 80 brhVStVerf; § 123 I heGemO; § 117 I ndsGemO; § 96 I nwGemO; § 108 I rhpfSVG; § 110 I saarlKSVG; § 109 I schlhGemO.

4) Vgl. unten S. 148 ff.

2.11.1938 ¹⁾ ergangen war ²⁾.

Die KurVO 38 gilt heute als Landesrecht grundsätzlich weiter in Bremerhaven ³⁾, im Saarland ⁴⁾ und in Schleswig-Holstein ⁵⁾, wobei die KurVO 38 jedoch so anzuwenden ist, daß sie hinsichtlich der Aufteilung der Zuständigkeiten den Grundsätzen der Gemeindeverfassungen entspricht.

Sie gilt ferner in Rheinland-Pfalz für alle Gemeinden ohne Rücksicht auf die Einwohnerzahl ⁶⁾ sowie (mit Ausnahme des früheren Landes Baden) ⁷⁾ in Baden-Württemberg ⁸⁾ und Bayern ⁹⁾.

In Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen ¹⁰⁾ ist die KurVO 38 inzwischen mit Wirkung für alle Gemeinden durch neue Verordnungen ersetzt worden. Diese neuen Verordnungen weichen jedoch von der KurVO 38 nur unwesentlich ab, so daß eine einheitliche Darstellung der Außenvertretung bei der Abgabe von Kassengeschäften möglich ist ¹¹⁾.

-
- 1) RGBI I S. 1583.
 - 2) Im folgenden stets KurVO 38 genannt.
 - 3) § 90 III brhvStVerf.
 - 4) § 134 II Ziff. 3 saarlKSVG.
 - 5) § 132 I schlhGemO.
 - 6) § 76 I Ziff. 2 DVO zu § 119 rhpfSVG; es gibt in Rhpf außerdem die auf Grund § 109 II rhpfSVG alter Fassung erlassene Landesverordnung zur Änderung der KurVO 38 v. 14.1.1954 (GVBl S. 2).
 - 7) Hier gilt die Badische KurVO v. 5.3.1950 (GVBl S. 223), vgl. § 149 II Ziff. 8 bwGemO.
 - 8) § 149 II Ziff. 7 bwGemO.
 - 9) Art. 122 I Ziff. 6 bayGemO. In Gemeinden mit 3.000 und weniger Einwohnern gilt die Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen v. 28.3.1957 (GVBl S. 53).
 - 10) Vgl. heKurVO v. 27.1.1956 (GVBl S. 55); ndsKRPVO v. 18.2.1957 (GVBl S. 13); nwKurVO v. 1.3.1955 (GVBl S. 29).
 - 11) Die vorliegende Untersuchung geht aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit nicht auf die besonderen Probleme bei den Nebenkassen, Zahlstellen und Sonderkassen ein, vgl. dazu Surén 682 ff.

II. Die Kassengeschäfte

Die Kassengeschäfte der Gemeinden erledigt der Kassenverwalter. Damit haben die Gemeindeverfassungen den Kassenverwaltern jedoch nicht schlechthin die Wahrnehmung aller Aufgaben der Gemeindekassen, wie sie diesen im einzelnen Fall oder üblicherweise obliegen, übertragen. Zu den Kassengeschäften im Sinne der genannten Vorschriften gehören nämlich nicht alle Angelegenheiten, die für die Gemeindekasse von Bedeutung sind, sondern nur die (eigentlichen) Kassengeschäfte im technischen Sinne.

a) Die Kassengeschäfte im technischen Sinne ¹⁾

Zu den (eigentlichen) Kassengeschäften im technischen Sinne gehören:

1. die Geschäfte der Geldverwaltung und des Zahlungsverkehrs
 - die Einziehung der Einnahmen und die Leistung der Auszahlungen, gleichgültig, ob sich die Ausführung des Zahlungsverkehrs bar oder bargeldlos vollzieht. Die Verfügung über Kassenbestände durch Scheck oder Überweisungsauftrag bei der Bewirkung von Auszahlungen gehört daher zu den eigentlichen Kassengeschäften, so daß sich der Geschäftsverkehr zwischen der Gemeinde und den Geldinstituten (Bank, Sparkasse, Postscheckamt usw.) über den Kassenverwalter abwickelt
2. die Annahme der Einlieferungen und Bewirkung der Auslieferungen
 - der Kassenverwalter nimmt bei der Kasse eingehende Wertgegenstände, die der Gemeinde gehören oder als Sicherheit angenommen oder beschlagnahmt sind, in Verwahrung und bewirkt gegebenenfalls ihre Auslieferung ²⁾

1) Vgl. dazu § 11 I, II KuRVO 38; § 11 I, II heKuRVO; § 11 I nwKuRVO; § 4 I, II ndsKRPVO; Eich: HBKWP III, 492; Kunze-Schmid § 108 Erl. III; Muntzke-Schlemp 760, 1063; Surén 722 ff; Hirsch: BayBm 1954, 87; Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 11 heKuRVO Erl. 2.

2) Loschelder-Scheel § 11 Erl. 1 b.

3. die Buchführung zur Festhaltung der kassenmäßigen Vorgänge

- es müssen die erforderlichen Buchungen durchgeführt werden, d.h. die Zahlungen eingetragen und die erläuternden Angaben dazu in den hierfür bestimmten Büchern der Gemeindekasse gemacht werden. Weiterhin sind die Belege, d.h. Unterlagen, welche die Buchung begründen, zu sammeln und die mit der Buchung zusammenhängenden Geschäfte, z.B. die Legung der Kassenrechnung, wahrzunehmen.

b) Die nicht-eigentlichen Kassengeschäfte

Nicht zu den eigentlichen Kassengeschäften zählen dagegen die Geschäfte der Vermögensverwaltung im Sinne der Bestimmung darüber, wie Vermögensgegenstände und Erträge des Vermögens zu verwenden sind. Es ist daher zu unterscheiden zwischen der Geldverwaltung und der Vermögensverwaltung im allgemeinen; nur sofern bei der Verwaltung des Gemeindevermögens kassenmäßige Geschäfte anfallen, werden sie kraft der gesetzlichen Vorschriften der Gemeindeverfassungen von dem Kassenverwalter wahrgenommen ¹⁾. Der Kassenverwalter ist insbesondere auch nicht zu Zahlungsanordnungen berufen, sie sind ihm sogar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung verboten ²⁾. Er hat die Zahlungsanordnungen lediglich durchzuführen. Der Kassenverwalter kann also z.B. nicht selbständig Effekten ankaufen oder ein Guthaben festlegen, er hat vielmehr nur die hierzu erforderlichen kassenmäßigen Maßnahmen durchzuführen (z.B. Überweisung des betreffenden Betrages auf das Guthaben, Bezahlung des Kaufpreises für die Effekten) ³⁾.

1) Surén 726; Loschelder-Scheel § 11 Erl. 1; Schlempp 30.

2) § 108 III bwGemO; Art. 99 I bayGemO; § 80 brhVStVerf; § 123 IV heGemO; § 117 IV ndsGemO; § 96 IV nwGemO; § 110 IV saarlKSVG; § 109 IV schlhGemO; ebenso § 7 I KuRVO 38.

3) Schlempp 30.

c) Der Gemeindekasse zugewiesene Geschäfte

Über die eigentlichen Kassengeschäfte hinaus können der Gemeindekasse vom Verwaltungsleiter noch weitere Geschäfte zugewiesen werden, wenn diese Geschäfte mit der Führung der Kassengeschäfte in unmittelbarem Zusammenhang stehen ¹⁾ und der Grundsatz der Trennung von Anordnung und kassenmäßiger Ausführung dadurch nicht verwischt wird. Es handelt sich hier in erster Linie um Mitarbeit bei Statistiken, Nachweisungen usw., die nur aus der Buchführung der Gemeindekasse gewonnen werden können (z.B. Arbeiten der Finanzstatistik) ²⁾.

III. Die vertretungsberechtigten Personen

a) Der Kassenverwalter

1. Seine verfassungsrechtliche Stellung

Wie oben bereits erwähnt, bestimmen alle Gemeindeverfassungen, daß für die Gemeindekasse ein besonderer Kassenverwalter zu bestellen ist, der die Kassengeschäfte der Gemeinde führt. Da aber die Gemeindekasse in der gemeindlichen Verwaltungsorganisation ein notwendiger Bestandteil mit einem gesetzlich festgelegten Aufgabenkreis ist ³⁾, ist der für die Führung der Kassengeschäfte bestellte Kassenverwalter für die Wahrnehmung dieser Geschäfte allein und ausschließlich zuständig ⁴⁾. Der Verwaltungsleiter und alle übrigen, dem Kassenverwalter nicht als Hilfskräfte beigegebenen Beamten und Angestellten der Gemeinde sind von der Wahrnehmung der Kassengeschäfte ausgeschlossen ⁵⁾.

1) § 11 II KuRVO 38; § 11 II heKuRVO; § 11 II nwKuRVO; § 4 II ndsKRPVO.

2) Loschelder-Scheel § 11 Erl. 2.

3) Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Muntzke-Schlepp 1052; Obermanns: KKZ 1962, 17; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 108 Erl. 2.

4) Eckhardt 71; Steinweg 9; Elleringmann: GemHh 1936, 223; Gönnenwein 467; Diekamp 121.

5) Eckhardt 72; Eich: HBKWP III, 487.

Der gesetzlich festgelegte Aufgabenkreis des Kassenverwalters kann weder durch Beschluß der Gemeindevertretung noch auf Grund der dem Verwaltungsleiter zustehenden Organisationsgewalt eingeschränkt werden, etwa durch Vorbehalt eines Mitbestimmungsrechts¹⁾. Im Bereich der Kassengeschäfte obliegt dem Kassenverwalter auch die Vertretung der Gemeinde nach außen; der Verwaltungsleiter ist daher insoweit von der Vertretung ausgeschlossen²⁾, so daß die Bestimmungen der Gemeindeverfassungen über die generelle Zuständigkeit des Organs Verwaltungsleitung zur Außenvertretung hier eine Einschränkung erfahren³⁾.

Während in der Literatur über die Ausschließlich- und Unbeschränkbarkeit des Aufgabengebietes des gemeindlichen Kassenverwalters weitgehend Einigkeit besteht, ist seine verfassungsrechtliche Stellung bzw. sein Verhältnis zum Organ Verwaltungsleitung auch heute noch streitig⁴⁾. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob der Kassenverwalter die Stellung eines Gemeindeorgans mit eigenen gesetzlichen Zuständigkeiten hat oder ob er die von ihm wahrzunehmenden Kassengeschäfte lediglich als Organwalter des Organs Verwaltungsleitung erledigt. Die Beantwortung dieser Streitfrage ist im Bereich der Außenvertretung nicht nur von theoretischer Bedeutung, da die

1) Schlempp 29; s.a. Ziff. 2 der AAnw. zu § 18 KuRVO 38; Ziff. 2 des AErlaß zu § 18 nwKuRVO.

2) Vgl. Ziff. 2 der AAnw. zu § 18 KuRVO 38; Ziff. 2 des AErlaß zu § 18 nwKuRVO: der Kassenverwalter hat im Rahmen der ihm ausschließlich zustehenden Kassengeschäfte einen gesetzlichen Vertretungsauftrag, den der Verwaltungsleiter nicht einschränken kann.

3) Elleringmann: GemHh 1936, 223; Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Helmreich-Widtmann Art. 99 Erl. 1; Hölzl Art. 99 Erl. 2 g; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 108 Erl. 2; Lünenbürger 80; a.A. Pfleger: GemHh 1936, 89.

4) Siehe zu diesem Streit während der Geltungszeit des § 94 DGO: Schattenfroh: GemHh 1936, 28 ff; Pfleger: GemHh 1936, 88 ff; Schlempp 28 ff; Suren-Loschelder § 94 Erl. 2; Elleringmann: GemHh 1936, 221 ff; Eich: Rechtsverhältnis 23 ff.

Rechtsstellung des Kassenverwalters für die Abgabe von Erklärungen im Kassenverkehr eine erhebliche Rolle, z.B. im Schriftverkehr spielt.

Die Rechtsstellung des Kassenverwalters ergibt sich aus den Bestimmungen der Gemeindeverfassungen, wonach der Kassenverwalter die gemeindlichen Kassengeschäfte in ausschließlicher und uneinschränkbarer Zuständigkeit führt ¹⁾. Der Kassenverwalter leitet seine Zuständigkeit also nicht von einem Auftrag des Organs Gemeindevertretung oder des Organs Verwaltungsleitung ab, sondern unmittelbar vom Gesetz. Der Gesetzgeber hat durch organisatorischen Rechtssatz beim Kassenverwalter die Zuständigkeiten zur Führung der Kassengeschäfte zusammengefaßt und sie so gegenüber den Zuständigkeiten anderer Gemeindeorgane verselbständigt, was sich schon daraus ergibt, daß kein Organwalter des anweisungsberechtigten Organs Verwaltungsleitung die Aufgaben des Kassenverwalters wahrnehmen darf ²⁾. Der Kassenverwalter ist daher als selbständige Zurechnungseinheit, als eigenständiges Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten ausgestaltet und somit verfassungsrechtliches Gemeindeorgan ³⁾. Der originäre Organwalter des Organs Kassenverwalter, der unter der Amtsbezeichnung des Organs auftretende Kassenverwalter, hat die rechtliche Fähigkeit, im Namen des Organs für die Gemeinde mit der Wirkung zu handeln, daß sein Verhalten rechtstechnisch erst dem Organ und endgültig der juristischen Person Gemeinde zugerechnet wird ⁴⁾.

Die Organstellung des Kassenverwalters wird auch nicht dadurch berührt, daß der Kassenverwalter wegen des Trennungsprinzips zwischen Anordnungs- und Ausführungsgeschäften grundsätzlich nur auf schriftliche Anordnung des Organs Verwaltungs-

1) Vgl. oben S. 148/149.

2) Vgl. Rauball § 7 Erl. 8.

3) Vgl. zum Begriff des Organs: Wolff VwR II § 74 I f; Eckhardt 43; s.a. S. 11 f oben.

4) Vgl. oben S. 12/13.

leitung Kassengeschäfte vollziehen darf. Die Verpflichtung, Weisungen eines anderen Gemeindeorgans hinsichtlich der Wahrnehmung der Zuständigkeiten zu beachten, beeinträchtigt nämlich nicht die Organeigenschaft, sondern macht das Organ Kassenverwalter lediglich zum abhängigen - im Gegensatz zum unabhängigen - Gemeindeorgan ¹⁾; 2).

Abweichend von der hier vertretenen Auffassung wird der Kassenverwalter im Schrifttum häufig auch als dem Verwaltungsleiter nachgeordnetes, mittelbares Organ angesehen, das in gewisser Parallele zu den Beigeordneten stehe ³⁾. Der Begriff, "dem Verwaltungsleiter nachgeordnetes, mittelbares Organ" muß dabei so verstanden werden, daß der Kassenverwalter lediglich Ersatzwalter bzw. zusätzlicher Organwalter des Organs Verwaltungsleitung ist. Als Ersatzwalter bzw. zusätzlicher Organwalter des Organs Verwaltungsleitung könnte der Kassenverwalter jedoch nicht zur Wahrnehmung der Kassengeschäfte zuständig sein, da diese Zuständigkeiten gar nicht zum Zuständigkeitskomplex des Organs Verwaltungsleitung gehören ⁴⁾. Der Einwand von SCHLEMP ⁵⁾ und BERKENHOFF ⁶⁾, auch in den Fällen der rechtlichen Behinderung des Verwaltungsleiters sei diesem die Ausübung seiner Vertretungsbefugnisse nicht möglich, dennoch leite man hieraus nicht den Schluß her, in solchen Fällen habe der (ständige) allgemeine Vertreter (im Verhinderungsfalle) die Stellung eines selbständigen Gemeindeorgans, geht fehl. Diese Ansicht beruht auf einer unzulässigen Gleichstellung von Organ und Organwalter. Im Falle der rechtlichen Behinderung des Ver-

1) Vgl. zu diesen Begriffen oben S. 16.

2) Pagenkopf 172 und Eich: HBKWP III, 487 sprechen von einem mittelbaren Organ.

3) Surén-Loschelder § 35 Erl. 7; Diekamp 121; Muntzke-Schlempp 1062; Berkenhoff: Gem 1954, 156; Schlempp 30; Lünenbürger 80/81.

4) Elleringmann: GemHh 1936, 223; Dinges: KKZ 1958; 139.

5) Schlempp 31

6) Gem 1954, 156.

waltungsleiters ist nämlich nur er als originärer Organwalter an der Wahrnehmung der Zuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung gehindert, die Zuständigkeit des Organs als solche bleibt jedoch bestehen. Demgegenüber fällt die Wahrnehmung der Kassengeschäfte erst gar nicht in den Zuständigkeitsbereich des Organs Verwaltungsleitung, der Gesetzgeber hat diese Zuständigkeiten vielmehr verselbständigt und sie der eigenständigen Institution des Kassenverwalters übertragen.

Während der Geltungszeit der Deutschen Gemeindeordnung beruhte die Meinung, die den Kassenverwalter als "ein dem Verwaltungsleiter nachgeordnetes unselbständiges Organ" ansah, im übrigen erkennbar auf dem Bestreben, das in der Deutschen Gemeindeordnung verankerte Führerprinzip zu wahren, wonach die gesamte Gemeindeverwaltung als Einheit in der Person des Bürgermeisters zusammengefaßt sein sollte ¹⁾.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Kassenverwalter ein verfassungsmäßiges, abhängiges Gemeindeorgan ²⁾ ist, dessen Zuständigkeitsbereich sich darauf erstreckt, die Kassengeschäfte der Gemeinde wahrzunehmen. Im Rahmen dieses Zuständigkeitskomplexes ist der Kassenverwalter auch zur Abgabe von Erklärungen nach außen befugt und damit als vertretungsberechtig-

1) Vgl. dazu Schlempp 31; Schattenfroh: GemHh 1936, 28 ff.

2) So auch Pagenkopf 172; Eckhardt 44, 72; Eich: HBKWP III, 487; ders.: Rechtsverhältnis 23 ff; Elleringmann: GemHh 1936, 223; Peters 315; Gönnerwein 467; ders.: AöR 81, 237; Fisch 125; Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Schmid: GemHh 1963, 99; Helmreich-Widtmann Art. 99 Erl. 1, 2; Kottenberg § 96 Erl.; Rauball § 7 Erl. 8; Ruffelmacher 105; Leisner-Sindermann 13; Wolff VwR II § 87 III a 1; a.A. Surén-Loschelder § 35 Erl. 7; Schattenfroh: GemHh 1936, 28 ff; Schlempp 30; Lünenbürger 80/81; Hölzl Art. 99 Erl. 2 g; Muntzke-Schlempp 759; Berkenhoff: Gem 1954, 156; Obermanns: KKZ 1962, 18; Diekamp 121.

tigtes Gemeindeorgan auch selbständige Gemeindebehörde ¹⁾, 2).

2. Der Schriftverkehr der Gemeindekasse

Der Kassenverwalter ist kraft ausdrücklicher Regelung aller Gemeindeverfassungen zur Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs allein ³⁾ zuständig. Über die Art und Weise, in der der dabei anfallende Schriftverkehr zu gestalten ist und wie die Walter des Organs Kassenverwalter die Erklärungen zu unterzeichnen haben, enthalten die Gemeindeverfassungen jedoch keine Regelung. Aufschluß geben insoweit die Bestimmungen der einzelnen Kassen- und Rechnungsverordnungen, die aber idR Zeichnungserfordernisse aufstellen, die mit der Rechtsstellung des Kassenverwalters als Gemeindeorgan nicht zu vereinbaren sind. Aus diesem Grunde soll auf die entsprechenden Vorschriften näher eingegangen werden.

a₁) In Baden-Württemberg, Bayern, Bremerhaven, Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Schleswig-Holstein, wo die KuRVO 38 bis auf weiteres grundsätzlich in sinngemäßer Anpassung an die jeweiligen Gemeindeverfassungen weitergilt, heißt es in § 18 I KuRVO 38:

Die Gemeindekasse führt den Schriftwechsel unter der Bezeichnung "Bürgermeister (Gemeindekasse)" ⁴⁾

-
- 1) Vgl. zum Begriff der Behörde: Wolff VwR II § 76 I d 7: Behörden sind nur die vertretungsberechtigten Organe, also diejenigen, die rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben können.
 - 2) So Wolff VwR II § 76 I d 2; OVG Münster, Urt. v. 30.10.1957 DÖV 1958, 314; Eich: HBKWP III, 495; Elleringmann: GemHh 1936, 223; Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Leisner-Sindermann 13; Rauball § 7 Erl. 15; a.A. Schlempp 31; Gönnerwein 467; Muntzke-Schlempp 1052.
 - 3) Dies gilt jedoch nur grds., vgl. § 18 II 2 KuRVO 38; § 18 II 2 heKuRVO; § 18 II 2 nwKuRVO.
 - 4) Vgl. danach zum Aussehen eines gemeindlichen Schreibens für die jeweilige Gemeindeverfassung: Surén 719/720; Muntzke-Schlempp 1053; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 2; Dinges: KKZ 1958, 139; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 108 Erl. 2; s.a. Diekamp 121.

Für Hessen bestimmt § 18 I heKuRVO:

Die Gemeindekasse führt den Schriftwechsel nach den Bestimmungen der §§ 71, 79 heGemO mit dem Zusatz "Gemeindekasse" ¹⁾

Für Niedersachsen ordnet § 18 I ndsKRPVO an:

Die Gemeindekasse führt den Schriftwechsel unter der Bezeichnung "Gemeinde ... (Gemeindekasse)" ¹⁾

Für Nordrhein-Westfalen bestimmt § 18 I nwKuRVO:

Die Gemeindekasse führt den Schriftwechsel nach den Bestimmungen der nwGemO mit dem Zusatz "Gemeindekasse" ¹⁾

Da die nwGemO jedoch keinerlei Vorschriften über die Form enthält, in der der Schriftwechsel der Gemeinde zu führen ist, erläutert Ziff. 1 des Ausführungserlaß zu § 18 nwKuRVO:

Der Schriftwechsel der Kasse ist unter dem Namen und der für die Gemeinde üblichen Bezeichnung "Gemeinde ..." mit dem Zusatz "(Gemeindekasse)" zu führen ¹⁾

Wie ein Vergleich der genannten Bestimmungen der Kassen- und Rechnungsverordnungen zeigt, unterscheiden sie sich untereinander insbesondere dadurch, daß schriftliche Erklärungen entweder unter der Amtsbezeichnung Verwaltungsleitung mit dem Zusatz "Gemeindekasse" oder aber unter der Bezeichnung "Gemeinde ... (Gemeindekasse)" abgegeben werden müssen.

Beide Firmierungsarten sind mit der rechtlichen Stellung des Kassenverwalters nicht zu vereinbaren. Als eigenständiges Gemeindeorgan mit Behördeneigenschaft kann der Kassenverwalter für die Gemeindekasse nämlich nicht so zeichnen wie eine sonstige, der Behörde Verwaltungsleitung eingegliederte Dienststelle der Gemeinde, etwa wie das "Steueramt" oder das "Für-

1) Vgl. danach zum Aussehen eines gemeindlichen Schreibens für die jeweilige Gemeindeverfassung: Surén 719/720; Muntzke-Schlepp 1053; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 2; Dinges: KKZ 1958, 139; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 108 Erl. 2; s.a. Diekamp 121.

sorgeamt" ¹⁾. Die Firmierung unter der Amtsbezeichnung Verwaltungsleitung mit dem Zusatz Gemeindekasse verbietet sich daher im Hinblick auf die Rechtsstellung des Kassenverwalters ²⁾. Unrichtig ist jedoch auch die Regelung des § 18 I ndsKRPVO, wonach mit "Gemeinde ... (Gemeindekasse)" gezeichnet werden soll. Den Schriftwechsel einer Gemeinde führt diese nämlich nicht selbst, sondern die Organe bzw. Behörden. Diese handeln aber im eigenen, rechtlichen Namen, der ihnen zur Unterscheidung von anderen Organen bzw. Behörden gegeben ist, und nicht im Namen der juristischen Person Gemeinde ³⁾.

Der Schriftverkehr des Organs Kassenverwalter ist daher unter der Bezeichnung, die diesem Organ im Schriftwechsel üblicherweise beigegeben ist, nämlich unter der der "Gemeindekasse" zu führen ⁴⁾.

b₁) Auch die Bestimmungen der Kassen- und Rechnungsverordnungen über das Zeichnungsrecht des Kassenverwalters selbst widersprechen dem Gemeindeverfassungsrecht. Gemäß § 18 II KuRVO 38, § 18 II heKuRVO, § 18 II nwKuRVO und § 18 II ndsKRPVO müssen die Schreiben der Gemeindekasse nämlich jeweils "vom Kassenverwalter mit dem Zusatz "im Auftrage" unterzeichnet werden" ⁵⁾. Als originärer Organwalter des Organs Kassenverwalter hat der diese Bezeichnung führende Organwalter bei

1) So aber ausdrücklich Loschelder-Scheel § 18 Erl. 1, 2; Surén 719 Anm. 72; Lünenbürger 82; Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 18 heKuRVO Erl. 2.

2) So richtig Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Schmid: GemHh 1963, 99.

3) Wolff VwR II § 74 I f; Eich: HBKWP III, 495.

4) Eich: HBKWP III, 495; Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Schmid: GemHh 1963, 99; Elleringmann: GemHh 1936, 223; s.a. Dinges: KKZ 1958, 139/140.

5) S.a. Surén 720; Muntzke-Schlempp 761; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 2; Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 18 heKuRVO Erl. 2; s.a. Dinges: KKZ 1958, 139; Surén-Loschelder § 36 Erl. 3; Schlempp 84; Lünenbürger 82.

der Abgabe von Erklärungen des gemeindlichen Kassenverkehrs jedoch ohne den Zusatz "im Auftrage" zu zeichnen ¹⁾.

b) Der allgemeine Vertreter des Kassenverwalters

Sämtliche Gemeindeverfassungen bestimmen, daß der Kassenverwalter einen Vertreter hat ²⁾. Dieser ist ein durch organisatorischen Rechtssatz bestimmter Ersatzwalter des Organs Kassenverwalter ³⁾, der im Falle rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des originären Organwalters, aber auch nur dann, die Zuständigkeiten des Organs wahrnimmt ⁴⁾. Der Vertreter des Kassenverwalters ist daher zwar allgemeiner, nicht jedoch ständiger allgemeiner Vertreter ⁵⁾.

Als Ersatzwalter des Organs Kassenverwalter zeichnet der allgemeine Vertreter im Schriftverkehr mit dem Zusatz "in Vertretung" ⁶⁾. Die Bestimmungen der Kassen- und Rechnungsverordnungen ⁷⁾, wonach "der stellvertretende Kassenverwalter" Schreiben der Gemeindekasse bei seinem Tätigwerden mit dem Zusatz "im Auftrage" zeichnet ⁸⁾, entspricht daher dem Gemeindeverfassungsrecht nicht. Als Ersatzwalter des Organs Kassenverwalter kann der stellvertretende Kassenverwalter nicht "im Auftrage" (des Verwaltungsleiters) zeichnen, da er seine Zustän-

1) Eich: HBKWP III, 495; Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1; Schmid: GemHh 1963, 99; Elleringmann: GemHh 1936, 223.

2) § 108 II bwGemO; Art. 99 I bayGemO; § 80 brhvStVerf; § 123 I heGemO; § 117 I ndsGemO; § 96 I nwGemO; § 108 I rhpfSVG; § 110 I saarl.KSVG; § 109 I schlhGemO.

3) Eckhardt 72; Ruffelmacher 109; Wolff VwR II § 87 III a 1.

4) Der Vertreter kann nur im Falle der Verhinderung des Kassenverwalters rechtswirksam handeln, vgl. Kunze-Schmid § 108 Erl. V; Hölzl Art. 99 Erl. 2 g; Masson Art. 99 Erl. 2; Muntzke-Schlemp 760; Maschmeier: KKZ 1964, 40; s.a. § 1 I KuRVO 38.

5) Vgl. zu diesem Begriff oben S. 62.

6) So richtig Eich: HBKWP III, 495.

7) § 18 II KuRVO 38; § 18 II heKuRVO; § 18 II ndsKRPVO; § 18 II nwKuRVO.

8) So auch Loschelder-Scheel § 18 Erl. 2; Lünenbürger 82.

digkeit von der Organzuständigkeit des Organs Kassenverwalter ableitet.

c) Die Vertreter kraft dienstlicher (öffentlich-rechtlicher) Beauftragung

Besonders in größeren Gemeinden mit entsprechend großen Gemeindekassen werden der Kassenverwalter und sein allgemeiner Vertreter nicht immer in der Lage sein, alle mit einem Außenvertretungsakt verbundenen Erklärungen des Kassenverkehrs selbst abzugeben. Es ist daher notwendig, daß bestimmten weiteren Kassenbediensteten im Rahmen der Kassengeschäfte für einzelne Angelegenheiten oder für einen Kreis von Geschäften Vertretungsmacht eingeräumt werden kann. Davon gehen die Kassen- und Rechnungsverordnungen auch aus; sie bestimmen nämlich, wie die mit der Abgabe von Erklärungen beauftragten Kassenbediensteten im Schriftverkehr zu zeichnen haben ¹⁾.

Die Zuständigkeit zur Außenvertretung wird den Kassenbediensteten durch ein organisationsrechtliches Mandat ²⁾ eingeräumt, das der Kassenverwalter ³⁾, der insoweit aber den Weisungen des Verwaltungsleiters unterworfen ist ⁴⁾, erteilt. Im Umfange ihrer Beauftragung sind die beauftragten Kassenbediensteten berechtigt, einzelne Zuständigkeiten des Organs Kassenverwalter in dessen Namen auszuüben. Dem Organ Kassenverwalter wird durch das Mandat also ein zusätzlicher Organwalter gegeben ⁵⁾.

Daraus ergibt sich, daß die mit der Wahrnehmung einzelner Kassenaufgaben betrauten Kassenbediensteten im Schriftverkehr

1) § 18 II KuRVO 38; § 18 II heKuRVO; § 18 II ndsKRPVO; § 18 II nwKuRVO.

2) Vgl. oben S. 66.

3) So wohl auch Eich: HBKWP III, 495; a.A. Loschelder-Scheel § 18 Erl. 2 b; Lünenbürger 82; Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 18 heKuRVO Erl. 2.

4) Vgl. Surén 712 ff; Lünenbürger 81.

5) Vgl. oben S. 67.

"im Auftrage" des Organs Kassenverwalter zeichnen. Insoweit widersprechen die Kassen- und Rechnungsverordnungen ebenfalls dem Gemeindeverfassungsrecht, da sie vorschreiben, daß die Kassenbediensteten "im Auftrage" des Verwaltungsleiters schriftliche Erklärungen abzugeben haben ¹⁾.

IV. Die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen des laufenden Kassenverkehrs

Für die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Bremerhaven, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen kann vom Verwaltungsleiter auf Grund besonderer Bestimmungen der Kassen- und Rechnungsverordnungen ²⁾ angeordnet werden, daß Erklärungen, die im laufenden Kassenverkehr abzugeben sind, unter der Bezeichnung "Gemeinde ... (Gemeindekasse)" abgegeben und von dem Kassenverwalter ohne Angabe eines das Vertretungsverhältnis kennzeichnenden Zusatzes unterzeichnet werden. Ziff. 4 der Ausführungsanweisung zu § 18 KuRVO 38 und Ziff. 4 des Ausführungserlaß zu § 18 nwKuRVO bestimmen außerdem, daß bei der Abgabe dieser Erklärungen der allgemeine Vertreter des Kassenverwalters "in Vertretung", sonstige zeichnungsberechtigte Kassenbedienstete "im Auftrage" zeichnen.

In Hessen ³⁾ "können", in Niedersachsen ⁴⁾ "werden" (Mußvorschrift) derartige Erklärungen unter der Bezeichnung "Gemeindekasse" vom Kassenverwalter ohne Angabe eines Vertretungsverhältnisses unterzeichnet; hinsichtlich des allgemeinen Vertreters des Kassenverwalters und der beauftragten Kassenbediensteten gilt das vorstehend Ausgeführte ⁵⁾.

1) Vgl. Anm. 1, S. 157.

2) § 18 III KuRVO 38; § 18 III nwKuRVO.

3) § 18 III heKuRVO.

4) § 18 III ndsKRPVO.

5) Vgl. auch Surén 721; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 4.

Die genannten Bestimmungen der Kassen- und Rechnungsverordnungen stehen zum Teil im Widerspruch zum Gemeindeverfassungsrecht, zum Teil sind sie überflüssig. Soweit nämlich verlangt wird, daß derartige Erklärungen unter der Bezeichnung "Gemeinde ... (Gemeindekasse)" abzugeben sind, gilt das bereits vorher Gesagte ¹⁾: nicht die Gemeinde führt den Schriftwechsel, sondern ihre Organe bzw. Behörden. Im Übrigen sind die genannten Bestimmungen überflüssig, da sie im Schriftverkehr für die Erklärungen des laufenden Kassenverkehrs keine Ausnahmen von den Erklärungen des allgemeinen Kassenverkehrs normieren; auch jene sind, wie sich aus der Rechtsstellung des Organs Kassenverwalter ergab, in der erwähnten Weise vom Kassenverwalter, seinem allgemeinen Vertreter und den beauftragten Gemeindekassenbediensteten zu zeichnen ²⁾.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Vertreter der Meinung, die den Kassenverwalter lediglich als Organwalter des Organs Verwaltungsleitung ansehen ³⁾, ihm bei Erklärungen des laufenden Kassenverkehrs ein unmittelbares Zeichnungsrecht einräumen ⁴⁾, ihn also in diesem Fall als Organwalter eines eigenständigen Organs behandeln, dessen Handeln durch das Organ der organisatorischen Ganzheit Gemeinde zugerechnet wird ⁵⁾.

1) Vgl. oben S. 154/155.

2) Vgl. oben S. 155 ff.

3) Vgl. oben S. 152 Anm. 2.

4) Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 18 heKurVO Erl. 4; S.a. Surén 721; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 4.

5) Vgl. aber Lünenbürger 83: eine besondere Rechtsstellung des Kassenverwalters wird im Bereich der Erklärungen des laufenden Kassenverkehrs nicht begründet.

§ 8 Die Abgabe verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs

Mit der Ausführung von Kassengeschäften können auch Verpflichtungserklärungen verbunden sein, z.B. bei der Ausstellung von Schecks und Wechseln und bei Saldoanerkennnissen im Sinne von § 781 BGB ¹⁾. Zur Art und Weise, in der diese Erklärungen abzugeben sind, bestimmen die Kassen- und Rechnungsverordnungen: "Soweit im Rahmen der Kassengeschäfte Verpflichtungserklärungen abgegeben werden müssen ..., behält es bei den besonderen Vorschriften sein Bewenden" ²⁾ bzw. "bleibt es bei den besonderen Vorschriften" ³⁾.

Diese allgemeine Verweisung ⁴⁾ auf die Vorschriften der Gemeindeverfassungen über die Abgabe von Verpflichtungserklärungen ist wenig aufschlußreich und hat im Schrifttum zu einiger Verwirrung geführt ⁵⁾. So vertreten SALZMANN-SCHUNCK-HOFMANN-SCHRICK ⁶⁾ die Meinung, daß Erklärungen, die die Gemeinde verpflichten, nicht vom Kassenverwalter, sondern vom Verwaltungsleiter in der Form des § 56 rhpfSVG abgegeben werden müssen ⁷⁾. Demgegenüber soll nach der Ansicht von MUNTZKE-SCHLEMP ⁸⁾ zwar nur der Kassenverwalter und sonstige Kassenbedienstete die Verpflichtungserklärungen für die Gemeinde abgeben können, sie bedürften dazu jedoch einer Vollmacht, die den Vorschriften der §§ 71 II, 79 IV heGemO entspreche ⁹⁾.

1) Schlempp 74; Loschelder-Scheel § 18 Erl. 3.

2) § 18 II KurVO 38; § 18 II heKurVO.

3) § 18 II ndsKRPVO; § 18 II nwKurVO.

4) Vgl. auch Ziff. 3 der AAnw. zu § 18 KurVO 38; Ziff. 3 des AErlaß zu § 18 nwKurVO.

5) Vgl. Steinweg 24 f.

6) Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 108 Erl. 2.

7) Ähnlich für § 56 nwGemO: Loschelder-Scheel § 18 Erl. 3.

8) Muntzke-Schlempp 761 f, 1053.

9) Vgl. aber Dreydoppel-Kraffke-Sohnrey § 18 heKurVO Erl. 3: es verbleibt bei der Regelung der §§ 71 II, 79 IV heGemO.

Diese Ansichten lassen sich mit den Bestimmungen der Gemeindeverfassungen nicht vereinbaren. Wenn nämlich die Gemeindeverfassungen ausdrücklich festlegen, daß der Kassenverwalter die Kassengeschäfte in alleiniger, ausschließlicher und uneinschränkbarer Zuständigkeit führt ¹⁾, so folgt daraus auch die Zuständigkeit des Kassenverwalters zur Abgabe der Verpflichtungserklärungen, die im Rahmen der Kassenführung der Gemeinde anfallen ²⁾. Im übrigen verbietet es schon der Grundsatz, bei Kassengeschäften zwischen Anordnung und Ausführung zu trennen, daß der Verwaltungsleiter Verpflichtungserklärungen des Kassenverkehrs selbst abgibt oder doch zu ihrer Abgabe bevollmächtigt.

Die Vorschriften der Kassen- und Rechnungsverordnungen können daher lediglich so verstanden werden, daß für die Abgabe verpflichtender Erklärungen des Kassenverkehrs grundsätzlich die gleichen Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten zur Anwendung kommen müssen, die auch bei der Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen vorgeschrieben sind. Nur insoweit behält es bei den einschlägigen Vorschriften der Gemeindeverfassungen sein Bewenden. Sofern die angezogenen Bestimmungen der Gemeindeverfassungen jedoch regeln, welche Personen zur Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen zuständig sind, bleiben sie außer Betracht ³⁾.

Da der Kassenverwalter eigenständiges Gemeindeorgan und nicht nur Ersatzwalter bzw. zusätzlicher Walter des Organs Verwaltungsleitung ist, sind die gemeindeverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Abgabe allgemeiner Verpflichtungs-

1) Vgl. oben S. 148, 150.

2) So auch Eich: HBKWP III, 495.

3) So im Ergebnis Diekamp 122; Schlempp 74; Lünenbürger 83.

erklärungen daher auf die Verpflichtungserklärungen des Kassenverkehrs in der Weise anzuwenden, daß der Kassenverwalter an die Stelle des Verwaltungsleiters, sein allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfalle an die Stelle des allgemeinen Vertreters des Verwaltungsleiters tritt ¹⁾. Ordnet somit die jeweilige Gemeindeverfassung für die Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen Einzelwaltung an, geben auch der Kassenverwalter oder sein allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfalle die Verpflichtungserklärungen des Kassenverkehrs allein ab ²⁾. Fordern die Gemeindeverfassungen dagegen Gesamtwaltung, müssen auch die Verpflichtungserklärungen des Kassenverkehrs vom Kassenverwalter oder seinem allgemeinen Vertreter und einem weiteren vertretungsberechtigten Kassenbediensteten gemeinsam abgegeben werden ³⁾. Im übrigen sind die Verpflichtungserklärungen unter der Firmierung "Gemeindekasse" und unter Beachtung der jeweiligen kommunalrechtlichen Förmlichkeiten auszufertigen ⁴⁾. Dies gilt natürlich nicht, soweit die Gemeindeverfassungen verlangen, daß die allgemeinen Verpflichtungserklärungen "unter der Bezeichnung des Magistrats" ⁵⁾, "im Namen des Magistrats" ⁶⁾ oder "im Auftrage des Rates" ⁷⁾ abgegeben werden müssen.

Da die Kassen- und Rechnungsverordnungen generell auf die Vorschriften über die Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen verweisen, sind bei Kassengeschäften der laufenden Verwaltung die Verpflichtungserklärungen ebenfalls von den besonderen Förmlichkeiten und Zuständigkeitsregeln ausgenommen ⁸⁾.

1) So auch Schlempp 74; Lünenbürger 83.

2) Eckhardt 101.

3) Eich: HBKWP III, 488; Eckhardt 101.

4) Eich: HBKWP III, 488.

5) § 48 Ziff. 8 brhVStVerf.

6) § 71 I heGemO.

7) § 56 I nwGemO.

8) Kunze-Schmid § 108 Erl. IV 1.

IV. Kapitel Die privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, die von den heute geltenden Gemeindeverfassungen in jeweils besonderen Abschnitten ausdrücklich geregelt wird ¹⁾, ist schon seit jeher Gegenstand eines umfangreichen Schrifttums ²⁾. Da sich das IV. Kapitel dieser Untersuchung lediglich mit einem Spezialproblem aus dem Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden befaßt, werden im folgenden die gesetzlichen Voraussetzungen und Grundlagen des Gemeindewirtschaftsrechts und die in diesem Bereich auftretenden rechtlichen und tatsächlichen Probleme nur insoweit dargestellt, als dies zum Verständnis der vorliegenden Untersuchung notwendig erscheint.

§ 9 Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde

"Es gehört zu den Eigenarten der Entwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung in Deutschland, daß die deutschen Gemeinden auf der Grundlage der Unbeschränktheit ihres Wirkungskreises ... schon sehr früh und in verhältnismäßig weitem Umfange ... rein wirtschaftliche Aufgaben übernommen haben" ³⁾. Dadurch wurde naturgemäß die Gefahr hervorgerufen, daß die Gemeindevirtschaft auf Gebiete übergriff, die bis dahin ausschließlich privater Wirtschaftsbetätigung vorbehalten waren. Um ein weiteres Vordringen der gemeindewirtschaftlichen Betätigung zu verhindern und eingedenk der Erfahrungen, die in dieser Hinsicht nach dem ersten Weltkrieg gemacht wurden ⁴⁾, hat die

1) §§ 85-91 bwGemO, Art. 75-81 bayGemO; §§ 58-62 brhVStVerf; §§ 98-104 heGemO; §§ 89-97 ndsGemO; §§ 69-77 nwGemO; §§ 80-88 rhpfSVG; §§ 83-91 saarlKSVG; §§ 82-90 schlhGemO; s.a. §§ 67-75 DGO.

2) Vgl. etwa Pagenkopf 157 ff; Surén 139 ff; Horak aaO; Depenbrock aaO; Stern: AfK 3, 81 ff; Surén-Loschelder Erl. zu §§ 67-75.

3) Ziff. 1 der Amtl. Begr. zu § 67 DGO; s.a. Depenbrock aaO.

4) Vgl. Pagenkopf 157; ders.: KomU 1931, 217 ff.

Deutsche Gemeindeordnung Grundsätze aufgestellt und Grenzen festgelegt, die in Zukunft einer Ausuferung gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung vorbeugen sollten, vgl. § 67 DGO.

I. Die allgemeinen Voraussetzungen

Die in § 67 DGO enthaltene Regelung hat mit gewissen teils verschärfenden, teils lockernden Abweichungen Eingang in die meisten der heute geltenden Gemeindeverfassungen gefunden ¹⁾. Danach darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur unter bestimmten, genau bezeichneten Voraussetzungen errichten, übernehmen oder erweitern.

a) Was dabei unter dem Begriff "wirtschaftliche Unternehmen" zu verstehen ist, sagen die geltenden Gemeindeverfassungen, ebenso wie die Deutsche Gemeindeordnung, nicht. Herkömmlicherweise werden mit diesem Begriff zumindest solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde erfaßt, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten ²⁾.

Andererseits bestimmen die Gemeindeverfassungen - mit Ausnahme der von Bayern und Bremerhaven ³⁾ - ausdrücklich, welche Unternehmen, Einrichtungen (und Hilfsbetriebe) keine wirtschaftli-

1) § 85 bwGemO; Art. 75 bayGemO; § 98 heGemO; § 89 ndsGemO; § 69 nwGemO; § 80 rhpfSVG; § 83 saarlKSVG; § 82 schlhGemO. Lediglich die brhVStVerf enthält keine entsprechende Regelung.

2) Vgl. Ziff. 1 der AAnw. zu § 67 DGO; 1. RdErl. zu § 85 bwGemO; AB zu § 89 ndsGemO; Pagenkopf 157 f; Surén 141 ff; s.a. Wolff: AfK 2, 151 ff; Ruberg 19/20. Eine gute Zusammenstellung der wirtschaftlichen Unternehmen, die üblicherweise von Gemeinden betrieben werden, enthält die AAnw zu § 1 EBVO 38.

3) Art. 75 bayGemO enthält eine solche Bestimmung nicht. Es ist streitig, ob diese Unternehmen und Einrichtungen auch dem Kreis der wirtschaftlichen Unternehmungen zuzurechnen sind, vgl. Helmreich-Widtmann Art. 75 Erl. 1.

chen Unternehmen in ihrem Sinne sind ¹⁾.

Keine wirtschaftlichen Unternehmen sind danach ²⁾:

- (1) Unternehmen, zu (deren Betrieb) denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
- (2) Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, (der Kunstpflege), der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheitspflege (einschließlich der Einrichtungen zur Wasserversorgung und Ableitung von Abwässern), der (Kranken- und) Wohlfahrtspflege (sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art) und
- (3) (Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen).

In den Kreis dieser nicht-wirtschaftlichen Unternehmen fallen auch solche Betätigungen, die, sofern sie von einer Privatperson vorgenommen würden, durchaus wirtschaftliche Unternehmen sein könnten, z.B. der Betrieb eines Sanatoriums, Krankenhauses oder Sportplatzes ³⁾. Deshalb bestimmen die genannten Gemeindeverfassungen auch, daß diese Unternehmen und Einrichtungen (, soweit es mit ihrem gemeinnützigen Zweck vereinbar ist,) nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten sind. In Nordrhein-Westfalen und im Saarland ⁴⁾ können diese Unternehmen und Einrichtungen überdies nach den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden, in Rheinland-Pfalz ⁵⁾ nur dann, wenn ein sachlicher Zusammenhang mit einem Eigenbetrieb besteht. In Baden-Württemberg, Hessen und Schleswig-Holstein ⁶⁾ können sie dem Eigenbetriebsrecht unterstellt werden, wenn der

1) § 85 III bwGemO; § 98 II heGemO; § 89 III ndsGemO; § 69 II nwGemO; § 80 II rhpfSVG; § 83 II saarlKSVG; § 82 II schlhGemO.

2) S.a. Surén 146/147.

3) Surén 143.

4) § 69 II nwGemO; § 83 II saarlKSVG.

5) § 80 II rhpfSVG.

6) § 22 III Ziff. 3 bwEBG; § 98 II heGemO; § 82 II schlhGemO.

Innenminister dies in einer besonderen Regelung (Durchführungsverordnung, Richtlinie) anordnet.

b) Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden wird begrenzt durch die Anordnung der Gemeindeverfassungen, wonach die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder (wesentlich) erweitern dürfen, wenn

- (1) der (dringende) ¹⁾ öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt (erfordert),
- (2) das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht ²⁾,
- (3) der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann ³⁾.

Gemäß Art. 75 II bayGemO wird zusätzlich noch gefordert, daß gemeindliche Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken dürfen ⁴⁾.

II. Die Formen der wirtschaftlichen Unternehmen

Nach geltendem Gemeindeverfassungsrecht können die gemeindeeigenen wirtschaftlichen Unternehmungen in zwei verschiedenen Rechtsformen betrieben werden, und zwar

1) § 69 I Ziff. 1 nwGemO.

2) Diese beiden Voraussetzungen fordern § 85 I bwGemO; § 98 I heGemO; § 82 I schlhGemO. Die in § 67 I Ziff. 3 DGO aufgestellte dritte Voraussetzung haben diese Gemeindeverfassungen bewußt fallen gelassen, vgl. 1. RdErl. zu § 85 bwGemO; Muntzke-Schlemp 875; Lauritzen § 82 Erl. 2; s.a. Surén 160 Anm. 60.

3) Diese drei Voraussetzungen fordern § 89 I ndsGemO; § 69 I nwGemO; § 80 I rhpfSVG; § 83 I saarl.KSVG. Verschärft sind die Voraussetzungen gemäß Art. 75 I Ziff. 3 bayGemO: "der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich ..."

4) Vgl. zu den genannten Voraussetzungen Pagenkopf 158 f; Surén-Loschelder § 67 Erl. 3; Helmreich-Widtmann Art. 75 Erl. 7; Muntzke-Schlemp 874 f; Kottenberg § 69 Erl. II; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 80 Erl. 3.

- (1) als Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetrieb),
- (2) als Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren sämtliche Anteile den Gemeinden gehören (Eigengesellschaft) 1).

Daneben können sich die Gemeinden unter bestimmten Voraussetzungen auch an einem wirtschaftlichen Unternehmen beteiligen.

a) Der Eigenbetrieb

Die gemeindeeigenen Wirtschaftsunternehmen ohne Rechtspersönlichkeit wurden herkömmlich in der Form der sog. "reinen (unselbständigen) Regiebetriebe" geführt ²⁾, d.h. sie waren in keiner Weise selbständig organisiert und fügten sich ohne Einschränkungen in den allgemeinen Verwaltungsaufbau der Gemeinden ein ³⁾. Diese enge Verflechtung der "reinen Regiebetriebe" mit der Gemeindeverwaltung bewirkte eine Schwerfälligkeit der Wirtschaftsführung, die viele Gemeinden veranlaßte, derartige Betriebe in selbständige Unternehmen (mit der Rechtsform einer AG oder GmbH) umzuwandeln ⁴⁾. Deswegen wurde während der Geltungszeit der Deutschen Gemeindeordnung für die gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit der Eigenbetrieb als neue Organisationsform eingeführt. Auf den Grundlagen, die bereits § 74 DGO vorgezeichnet hatte, wurde dem Eigenbetrieb gemäß den Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938 ⁵⁾ gegenüber der allgemeinen Gemeindeverwaltung eine gewisse rechtlich und wirtschaftlich verselbständigte Sonderstellung eingeräumt.

1) § 89 II ndsGemO; Pagenkopf 134; Gönnerwein 475; Bückmann 74.

2) Vgl. Ludwig 10 ff.

3) Ludwig 10 ff; Zeiß § 1 Erl. 2 a; Gönnerwein 481; Ruberg 27; Horak 12.

4) Vgl. Ziff. 1 der Amtl. Begr. zu § 74 DGO.

5) RGBI I S. 1650; s.a. AAnw. v. 22.3.1939 (RMBIIV. S. 633).

Im Anschluß an § 74 DGO sehen auch alle geltenden Gemeindeverfassungen für die gemeindeeigenen Wirtschaftsunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit den Eigenbetrieb als Organisationsform vor ¹⁾. Ihre nähere Ausgestaltung erfahren die genannten Vorschriften durch die Eigenbetriebsverordnungen bzw. Eigenbetriebsgesetze, die, auch soweit sie nach 1945 neu erlassen worden sind, grundsätzlich der Eigenbetriebsverordnung von 1938 ²⁾ folgen. Neu ist das Eigenbetriebsrecht in Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland geregelt ³⁾, während in Bayern, Bremerhaven, Niedersachsen und Schleswig-Holstein die EBVO 38 nebst Ausführungsanweisung weitergilt, wobei die Verordnung jedoch so anzuwenden ist, daß sie hinsichtlich der Aufteilung der Zuständigkeiten den Grundsätzen der Gemeindeverfassungen entspricht ⁴⁾.

Die erwähnten kommunalrechtlichen Vorschriften geben den Eigenbetrieben eine Unternehmensform, die sich dadurch auszeichnet, daß die Eigenbetriebe zwar nicht-rechtsfähig, nach außen also unselbständig sind, sie sich kraft ihrer besonderen Organisationsform jedoch von der übrigen Gemeindeverwaltung deutlich abheben, da sie eigene Namen, eigenes Sondervermögen, eigene Wirtschafts-, Erfolgs- und Finanzpläne und eigene Kassen- und Kreditwirtschaft besitzen ⁵⁾. Ihrer Rechtsform nach sind die Eigenbetriebe eine besondere Ausprägung der nicht-

1) § 86 bwGemO; Art. 80 bayGemO; §§ 52, 62 brhvStVerf; § 102 heGemO; § 94 ndsGemO; § 74 nwGemO; § 87 rhpfSVG; § 90 saarlKSVG; § 87 schlhGemO.

2) Im folgenden EBVO 38 genannt.

3) BW: EBG v. 19.7.1962 (GBI S. 67); He: EBG v. 9.3.1957 (GVBl S. 19); NW: EBVO v. 22.12.1953 (GVBl S. 435); RhPf: EBVO v. 23.4.1965 (GVBl S. 81); Saarl: EBVO v. 11.11.1954 (ABl S. 1415).

4) Art. 122 I Ziff. 2 bayGemO; § 90 III brhvStVerf; § 140 I Ziff. 4, II ndsGemO; § 132 I, II schlhGemO.

5) Pagenkopf 160; Gönnenwein 474; Hurst: HBKWP II, 838; Peters 313; Wolff VwR II § 98 II b 3, c 1; ders.: AfK 2, 162/163.

rechtsfähigen öffentlichen Anstalten ¹⁾. Sie sind als von der Verwaltung ihrer (Träger-) Gemeinden deutlich abgegrenzte Unterorganisationen weisungsabhängige, von ihren Trägern ständig beeinflusste, aber mit eigener Entscheidungszuständigkeit versehene Organe der Gemeinde ²⁾. Trotz ihres eigenen Namens ³⁾ sind die gemeindlichen Eigenbetriebe daher im Außenverhältnis rechtlich von der Gemeinde nicht zu unterscheiden. ⁴⁾

Als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten haben die Eigenbetriebe keine Organe. Organe im eigentlichen Sinn sind nämlich nur diejenigen organisatorischen Funktionseinheiten (Subjekte), deren Verhalten rechtlich unvermittelt dem Organträger zugerechnet werden ⁵⁾. Daran fehlt es jedoch bei den Eigenbetrieben, da diese mangels Rechtsfähigkeit nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten, d.h. Endsubjekt rechtstechnischer Zuordnung sein können, sondern lediglich transitorische Zuordnungseinheiten ohne eigenständige Berechtigungen und Verpflichtungen ⁶⁾. Weil jedoch die Organschaft nicht so sehr zur Rechtsfähigkeit, sondern vielmehr zur Handlungsfähigkeit von Organisationen benötigt wird, können auch die relativ selbständigen - aber nicht-rechtsfähigen - Eigenbetriebe Organe im uneigentlichen Sinne haben (sog. Quasiorgane) ⁷⁾. Das Verhalten der für diese Quasiorgane unter deren jeweiligen Bezeichnung handelnden Organwalter wird mittelbar der nicht-rechtsfähigen Funktionseinheit "Eigenbetrieb" und rechtstechnisch

1) Wolff VwR II § 98 II c 1; ders.: AfK 2, 162; Jecht 53; Heymann 41; Gönnerwein 481; Huber I, 116; Bischoff: AöR 81, 69 ff (70-72).

2) Wolff VwR II § 98 II b 3.

3) Vgl. § 3 II 2 EBVO 38; § 3 II 2 nWEBVO.

4) Im Fehlen der eigenen Rechtsfähigkeit sieht Blaum: DVBl 1958, 669 einen wesentlichen Mangel der Eigenbetriebe. Dem tritt jedoch Jecht 79, 92 zu Recht entgegen: auch der Eigenbetrieb ist mit einer Art Teilrechtsfähigkeit ausgestattet; s.a. Wolff: AfK 2, 153; Huber I, 116.

5) Wolff VwR II § 74 I f 6.

6) Wolff VwR II § 98 II b 3.

7) Vgl. hierzu Wolff VwR II § 74 I f 9.

nisch endgültig der rechtsfähigen (Träger-) Gemeinde zugerechnet. Die Eigenbetriebe haben somit keine eigenen Organe, sondern nur Quasiorgane, die Unterorgane der Gemeinde sind ¹⁾.

b) Die Eigengesellschaft

Gemeindeeigene wirtschaftliche Unternehmen können auch in den Formen einer juristischen Person des Privatrechts geführt werden. Dies stellt § 89 II ndsGemO ausdrücklich klar, indem er den Gemeinden ein Wahlrecht zwischen Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe) und solchen mit Rechtspersönlichkeit (Eigengesellschaften) einräumt ²⁾.

Bei der gemeindeeigenen Eigengesellschaft handelt es sich um eine juristische Person des Privatrechts, deren sämtliche Anteile sich in der Hand der Gemeinde befinden, so daß man auch von einer "Einmanngesellschaft" sprechen kann. Aus den für die jeweilige Gesellschaftsform beim Gründungsvorgang geltenden Gründungsvorschriften, denen auch die Gemeinden unterworfen sind, ergibt sich, daß eine Gemeinde eine Eigengesellschaft niemals allein errichten kann, sondern sich zu diesem Zwecke mit anderen (natürlichen oder juristischen) Personen des privaten oder öffentlichen Rechts zusammenfinden muß ³⁾. Aus einem rechtlich selbständigen Unternehmen, das die Gemeinde zusammen mit anderen gegründet hat, kann daher eine Eigengesellschaft erst dann entstehen, wenn die Gemeinde später sämtliche Anteile der übrigen Personen (vielfach "Strohänner") erwirbt ⁴⁾. Ihrem Ursprung und Gründungsvorgang nach ist eine

1) Wolff VwR II § 98 II b 3; zum Begriff des Unterorgans s. Wolff VwR II § 75 I e 1.

2) Vgl. Pagenkopf 134; Gönnerwein 489; Surén 143 f; s.a. § 101 I heGemO; § 72 I nwGemO; § 85 I schlhGemO.

3) So setzt die Errichtung einer AG oder einer KG auf Aktien mindestens 5 Personen voraus (§§ 2, 278 III AktG), die einer GmbH mindestens zwei Personen (§ 2 GmbHG).

4) Dies geht allerdings nur bei der AG, KG auf Aktien und der GmbH. Eine Genossenschaft ist dagegen aufzulösen, wenn die Mitgliedszahl auf weniger als sieben Genossen herabsinkt, vgl. §§ 80, 4 GenG.

gemeindliche Eigengesellschaft somit immer eine "Beteiligungsgesellschaft" ¹⁾.

Von den vorgenannten Eigengesellschaften im engeren Sinne, bei denen sich die Anteile alle in der Hand einer einzigen Gemeinde befinden, müssen die Eigengesellschaften im weiteren Sinne unterschieden werden, in denen sich mehrere Gemeinden oder Gemeindeverbände als Gesellschafter zur Verfolgung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes vereinigt haben ²⁾.

c) Die Beteiligung der Gemeinden an wirtschaftlichen Unternehmen

Die Gemeinden sind bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung nicht darauf angewiesen, ihre Unternehmen als Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften zu führen. Vielfach entledigen sie sich ihrer Versorgungsaufgaben auch dadurch, daß sie sich an wirtschaftlichen Unternehmen, die private Dritte in den Rechtsformen des privaten Rechts betreiben, beteiligen. Diese sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ³⁾ werden im Gegensatz zu den Eigenbetrieben und Eigengesellschaften auch gemeindliche Beteiligungsunternehmen bzw. -gesellschaften genannt ⁴⁾. Da die Gemeinden die Wirtschaftsführung dieser Unternehmen jedoch nicht selbst ausschließlich bestimmen können, sind sie bei der Beteiligung gewissen unvorhersehbaren Gefahren ausgesetzt, denen die geltenden Gemeindeverfassungen - mit Ausnahme der von Bremerhaven - im Anschluß an § 69 DGO durch besondere Regelungen vorzubeugen suchen.

Die Gemeindeverfassungen bestimmen daher:

Die Gemeinde darf sich an einem (rechtlich selbständigen) ⁵⁾ wirtschaftlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn

1) Pagenkopf 160; Surén 145 f; Gönnerwein 490.

2) Gönnerwein 490.

3) Vgl. zu diesem Begriff Forsthoff 485 ff.

4) Pagenkopf 161; Gönnerwein 498.

5) § 87 I bwGemO.

- (1) die (jeweiligen) Voraussetzungen für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens vorliegen 1),
- (2) für die Beteiligung eine Form gewählt wird, die die Haftung der Gemeinde auf einen (ihrer Leistungsfähigkeit angemessen) 2) bestimmten Betrag begrenzt 3),
- (3) der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb erfüllt wird oder erfüllt werden kann 4).

Aus dem Verbot der Beteiligung ohne Haftungsbeschränkung folgt, daß sich die Gemeinden z.B. nur an folgenden wirtschaftlichen Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit beteiligen können: an einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bei einer Beteiligung als Kommanditaktionär, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftung 5).

Beteiligen können sich die Gemeinden - mit Ausnahme der von Baden-Württemberg 6) - aber nicht nur an Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern auch an nicht-rechtsfähigen Gesellschaften, bei denen eine Haftungsbeschränkung vorgesehen ist oder vereinbart werden kann 7). In Betracht kommt daher die Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft als Kommanditist (vgl. § 161 HGB) und der Eintritt in eine stille Gesellschaft des

1) Vgl. oben S. 166.

2) § 87 I Ziff. 3 bwGemO.

3) Diese beiden Voraussetzungen verlangen Art. 77 I bayGemO; § 99 I heGemO; § 91 I ndsGemO; § 71 I nwGemO; § 82 I rhpf-SVG; § 85 I saarlKSVG; § 84 I schlhGemO.

4) Diese Voraussetzung verlangt zusätzlich § 87 I bwGemO.

5) Vgl. Surén 190; Gönnerwein 498; Wolff: AfK 2, 171.

6) § 87 I bwGemO; s.a. Kunze-Schmid § 87 Erl. II: rechtlich selbständig sind die Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, also juristische Personen; zweifelnd Surén 184.

7) Surén 184; Gönnerwein 499; Helmreich-Widtmann Art. 77 Erl.1, 3; Muntzke-Schlemp 879; Surén-Loschelder § 69 Erl. 2 c.

Handelsgesetzbuchs (vgl. § 335 HGB), nicht aber die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft oder an einer Gesellschaft des BGB ¹⁾.

1) Vgl. Surén 191.

§ 10 Die Außenvertretung der Gemeinde in Angelegenheiten ihrer Eigenbetriebe

Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte der Gemeinde werden auch im Bereiche ihrer Eigenbetriebe notwendig. Bei der Abgabe der entsprechenden Erklärungen handeln die vertretungsberechtigten Personen nicht für die Eigenbetriebe, da diese als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können, sondern für die Gemeinden, von denen sich die Eigenbetriebe im Außenverhältnis rechtlich nicht unterscheiden ¹⁾. Aus diesem Grunde kann man auch nicht von einer Außenvertretung der Eigenbetriebe, sondern lediglich von Außenvertretung der Gemeinden in Angelegenheiten ihrer Eigenbetriebe sprechen ²⁾.

Bei der Außenvertretung der Gemeinden in Angelegenheiten ihrer Eigenbetriebe kommt der Werkleitung auch nach dem geltenden Eigenbetriebsrecht - ebenso wie schon nach § 3 I EBVO 38 - grundsätzlich eine wichtige Stellung zu. Da die Außenvertretungszuständigkeiten der Werkleitung dabei weitgehend den Zuständigkeiten entsprechen, die ihr auch bei der Verwaltung und Leitung der Eigenbetriebe zustehen, soll im folgenden zunächst allgemein auf die Stellung und Bedeutung der Werkleitung in der Organisation der Eigenbetriebe eingegangen werden.

I. Die Werkleitung in der Organisation der Eigenbetriebe

Das Schwergewicht der Verwaltung und Leitung der Eigenbetriebe liegt heute bei der Werkleitung (Werkedirektion, Betriebsleitung). Ihr sind entweder schon durch die Gemeindeverfassungen oder durch die Eigenbetriebsgesetze bzw. -verordnungen umfangreiche Zuständigkeiten im Bereiche der Eigenbetriebsangelegenheiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen. In der weitgehend selbständigen Führung durch die Werkleitung

1) Vgl. oben S. 169.

2) Unrichtig daher § 2 I saarEBVO: "der Bürgermeister ist der gesetzliche Vertreter des Eigenbetriebs".

zeigt sich besonders deutlich die von der übrigen Gemeindeverwaltung abgesetzte Stellung der Eigenbetriebe ¹⁾.

a) Die Organisation der Werkleitung

Die Werkleitung kann sowohl kollegial als auch monokratisch organisiert sein, sie besteht also entweder aus einem fachlich besonders qualifizierten (zumeist kleineren) Gremium (in der Regel einem Kaufmann und einem Techniker) oder aus einer Einzelperson ²⁾. Gehören der Werkleitung mehrere Mitglieder an, so kann die Gemeindevertretung ³⁾ einen Werkleiter zum Ersten Werkleiter bestellen. Ist ein Werkleiter gleichzeitig Beigeordneter (oder hauptamtlicher Bürgermeister) ⁴⁾, so ist er ohne weiteres Erster Werkleiter. Bei Meinungsverschiedenheiten innerhalb einer aus mehreren Mitgliedern bestehenden Werkleitung entscheidet grundsätzlich der Erste Werkleiter, sofern die Betriebssatzung nicht etwas anderes bestimmt. Ist ein Erster Werkleiter nicht bestellt, (entscheidet der Verwaltungsleiter) ⁵⁾ regelt die Betriebssatzung, wie zu verfahren ist. Die Geschäftsverteilung auf die einzelnen Werkleiter bestimmt die Verwaltungsleitung (mit Zustimmung des Werkausschusses) durch eine Geschäftsordnung.

b) Die Geschäftsführungszuständigkeiten der Werkleitung

§ 2 I EBVO 38 bestimmte: "Der Eigenbetrieb wird unbeschadet des § 4 (Entschließungen des Bürgermeisters) von der Werkleitung selbständig geleitet. Die Werkleitung ist dem Bürgermeister für die wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebes verantwortlich." Dieser Regelung folgen weitgehend auch die nach 1945 neu erlas-

1) Gönnerwein 483.

2) Vgl. § 3 bwEBG; § 2 heEBG; § 2 nweBVO; § 5 rhpfEBVO; § 3 saarlEBVO; § 2 EBVO 38.

3) In He der Gemeindevorstand; vgl. § 2 II heEBG.

4) § 2 II heEBG.

5) § 5 II rhpfEBVO.

senen Eigenbetriebsverordnungen ¹⁾. Danach leitet die Werkleitung den Eigenbetrieb also selbständig, soweit nicht durch die Gemeindeverfassungen, die Eigenbetriebsverordnungen oder die Betriebssatzungen etwas anderes bestimmt wird. Die Eigenbetriebsverordnungen gehen somit, was häufig übersehen wird ²⁾, vom Grundsatz der Zuständigkeit der Werkleitung aus ³⁾. Im Rahmen dieser Zuständigkeit ist sie für die wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebs verantwortlich ⁴⁾.

Der Werkleitung obliegt insbesondere auch die laufende Betriebsführung ⁵⁾, ⁶⁾, so daß sie insoweit die Stellung einnimmt, die in den anderen Gemeindeangelegenheiten der Verwaltungsleitung zukommt ⁷⁾. Diese Zuständigkeit der Werkleitung zur Führung der laufenden Geschäfte des Eigenbetriebs ist ausschließlich, es sei denn, es handle sich um Kassengeschäfte. Diese sind dem Kassenverwalter vorbehalten ⁸⁾. Sonst können weder die Verwaltungsleitung noch die Gemeindevertretung bzw. der Werkausschuß solche Geschäfte an sich ziehen - auch in Einzelfällen nicht - oder die Zuständigkeit der Werkleitung

1) Im folgenden wird der Einfachheit halber immer nur von Eigenbetriebsverordnungen gesprochen.

2) Vgl. dazu Ludwig 164 Anm. 359.

3) Grafe: StTg 1954, 54.

4) § 4 I bwEBG; § 52 I brhvStVerf; §§ 2 I, 4 II heEBG; § 2 I nwEBVO; § 5 I rhpfEBVO; § 3 I saarLEBVO; § 2 I EBVO 38; s.a. den gesetzgeberischen Auftrag dazu: der Werkleitung ist in Angelegenheiten des Eigenbetriebes ausreichende Selbständigkeit der Entscheidung einzuräumen, § 62 II brhvStVerf; § 102 II heGemO; § 75 I nwGemO; § 87 V rhpfSVG.

5) § 4 I bwEBG; Art. 80 I bayGemO; § 4 I heEBG; § 94 V ndsGemO; § 2 I nwEBVO; § 5 I rhpfEBVO; § 3 I saarLEBVO. Für Brhv und SchlH ergibt sich dies aus der Bestimmung, wonach die Werkleitung den Eigenbetrieb selbständig leitet, vgl. Surén 262; Galette-Laux § 87 Erl. 1 c; Schuhknecht: DÖV 1961, 135.

6) Zum Begriff der laufenden Betriebsführung unten S. 177 ff.

7) Gönnerwein 485; Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4; Riemerschmid: StTg 1958, 504, Lüersen-Neuffer § 94 Erl. 8; Diekamp 117.

8) Vgl. Schauwecker-Münch § 5 Erl. 1.

in dieser Hinsicht beschränken ¹⁾.

Dies gilt auch für Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, wo sich im Bereich der allgemeinen Verwaltung die Gemeindevertretung bei Geschäften der laufenden Verwaltung die Beschlußfassung im Einzelfall vorbehalten kann ²⁾. Das sog. Rückholrecht der Gemeindevertretung ist angesichts der Spezialvorschriften für die Verwaltung der Eigenbetriebe nicht bei den Geschäften der laufenden Betriebsführung anzuwenden ³⁾.

Die eigenen Zuständigkeiten der Werkleitung zur Verwaltung der Eigenbetriebe schließen die Verwaltungsleitung jedoch in diesem Bereich nicht völlig aus. Die Verwaltungsleitung kann der Werkleitung nämlich Weisungen erteilen, wenn dies im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltungsführung der Gemeinde unbedingt notwendig erscheint ⁴⁾.

c) Die Geschäfte der laufenden Betriebsführung

Was die Eigenbetriebsverordnungen unter Geschäften der laufenden Betriebsführung verstehen, sagen sie nicht. Bei der Anwendung dieses Begriffs tauchen daher die gleichen Schwierigkeiten auf, denen man auch bei dem ihm verwandten Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung begegnet; so sind z.B. auch die verpflichtenden Geschäfte der laufenden Betriebsführung des Eigenbetriebs von den besonderen Zuständigkeitsregelungen

1) So Masson Art. 80 Erl. 4; Wicher 26; § 5 heEBG.

2) §§ 62 I Ziff. 6 ndsGemO; 28 III nwGemO.

3) Bückmann 75; Diekamp 117; Zeiß § 2 Erl. 2 c; Odenbreit-Hensel 429; § 5 V nwEBVO; AAnw. zu § 2 nwEBVO; Grafe: StTg 1954, 54; a.A. AB zu § 94 V ndsGemO mit der unzutreffenden Begründung, die Werkleitung sei ein Teil des Organs Verwaltungsleitung.

4) § 9 I bwEBG; § 52 I brhvStVerf; § 8 I heEBG; AB zu § 94 V ndsGemO; § 6 II nwEBVO; § 7 II rhpf EBVO; Galette-Laux § 87 Erl. 1 c; Surén 262/263; Gönnerwein 485.

und Förmlichkeiten ausgenommen ¹⁾).

Die Ähnlichkeiten des Wortlauts der beiden Begriffe legt die Vermutung nahe, daß die Eigenbetriebsverordnungen den Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung einfach durch den Begriff der Geschäfte der laufenden Betriebsführung ersetzt und damit den für den Bereich der Verwaltung geschaffenen Begriff auf die betrieblichen Verhältnisse übertragen haben ²⁾. Diese Übernahme des Begriffs der Geschäfte der laufenden Verwaltung durch die Eigenbetriebsverordnungen bedeutet nun aber nicht, daß eine Identität beider Begriffe besteht. Während nämlich der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung bei der Frage der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung auf die Erfordernisse der Verwaltungspraxis abstellt, muß der Begriff der Geschäfte der laufenden Betriebsführung die ganz anders gearteten Notwendigkeiten einer beweglichen Betriebsführung berücksichtigen und demgemäß auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeindevertretung bzw. Werksausschuß und Werkleitung regeln. Dabei ist insbesondere zu beachten, daß die Eigenbetriebsverordnungen bei der Frage der Führung der Eigenbetriebe von dem Grundsatz der Zuständigkeit der Werkleitung ausgehen ³⁾. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Betriebsführung muß somit notwendig einen weiteren Inhalt haben als der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung, der die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeindevertretung und Verwaltungsleitung von der Grundlage aus regelt, daß im Zweifel die Gemeindevertretung zuständig ist. Die Grundsätze, die oben ⁴⁾ für die Ausdeutung des Begriffs der Geschäfte der laufenden Verwaltung entwickelt worden sind, können daher zwar auch bei der Auslegung des Begriffs der Ge-

1) § 5 IV bwEBG; § 3 II heEBG; § 3 III nwEBVO; § 6 IV rhpfEBVO; § 2 II saarLEBVO; § 3 III EBVO 38.

2) So auch Zeiß § 2 Erl. 2 c; Ludwig 74/75; letzterer allerdings kritisch.

3) Vgl. oben S. 176.

4) Vgl. oben S. 133 ff(140).

schäfte der laufenden Betriebsführung angewandt werden, jedoch nur in der Weise, daß die erforderliche Beweglichkeit in der Leitung der nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu führenden Eigenbetriebe gewährleistet ist ¹⁾.

Demnach handelt es sich bei den Geschäften der laufenden Betriebsführung um die Maßnahmen, die zur Aufrechterhaltung eines wirtschaftlich geführten Unternehmens getroffen werden müssen, insbesondere also um den Personaleinsatz, den Einkauf von Rohstoffen und Materialien, die Anordnungen der notwendigen Instandhaltungen und der laufenden Erweiterungen und die Beschaffung der hierfür erforderlichen Werkstoffe sowie um den Einkauf von Vorräten im Rahmen einer wirtschaftlichen Lagerhaltung und den Abschluß von Lieferungsverträgen mit den Abnehmern ²⁾.

d) Die verfassungsrechtliche Stellung der Werkleitung

Die gemeindeverfassungsrechtliche Stellung der Werkleitung ergibt sich aus den das heutige Eigenbetriebsrecht gestaltenden Rechtssätzen, wonach die Werkleitung die Eigenbetriebe selbständig leitet, insbesondere die Geschäfte der laufenden Betriebsführung erledigt ³⁾, sowie in einem bestimmten Bereich die Gemeinden in den Angelegenheiten ihrer Eigenbetriebe auch nach außen vertritt ⁴⁾. Damit sind bei der Werkleitung umfangreiche Zuständigkeiten zusammengefaßt und gegenüber den Zuständigkeiten anderer Gemeindeorgane verselbständigt worden. Die Werkleitung ist daher in gewisser Weise als eigenständiges Subjekt von Zuständigkeiten der Gemeinde in Angelegenheiten der nicht-rechtsfähigen Anstalt "Eigenbetrieb" aus-

1) So auch Ludwig 75.

2) Vgl. dazu AAnw. zu § 2 nWEBVO; § 10 des Satzungsmusters des Städteverbandes BW, abgedruckt bei Schauwecker-Münch S. 132; s.a. Ludwig 74 ff.; Zeiß § 2 Erl. 2 c; Schauwecker-Münch § 4 Erl. 2; Masson Art. 80 Erl. 4; Nagel: KPBl 1954, 566 ff.

3) Vgl. oben S. 176.

4) Vgl. unten S. 180 ff.

gestaltet und als Quasiorgan des Eigenbetriebs Unterorgan der Gemeinde ¹⁾, und, da sie mit Außenvertretungszuständigkeiten zu konkreten Rechtshandlungen ausgestattet ist, auch Behörde ²⁾.

II. Die Außenvertretung in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe

a) Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltungsleitung und Werkleitung

Als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten sind die Eigenbetriebe Funktionseinheiten der gemeindlichen Gesamtorganisation. Für die Außenvertretung der Gemeinden in Eigenbetriebsangelegenheiten gelten daher, soweit das Eigenbetriebsrecht nicht Sonderregelungen getroffen hat, grundsätzlich die Vorschriften der Gemeindeverfassungen über die Vertretung der Gemeinde nach außen ³⁾. Auch aus den umfangreichen Geschäftsführungsbefugnissen der Werkleitung folgt noch nicht ohne weiteres ihre Zuständigkeit, die Gemeinden in diesen Angelegen-

1) Vgl. oben S. 169/170.

s.a. Wolff: AfK 2, 163. Als Gemeindeorgan sehen die Werkleitung ferner an: Pagenkopf 160; Bückmann 76; Schauwecker-Münch § 5 Erl. 1; Masson Art. 80 Erl. 3; Diekamp 117; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 87 Erl. 5; Rauball § 75 Erl. 1, § 7 Erl. 8; Muntzke-Schlepp 67; a.A. Ludwig 159, 162: die Werkleitung ist mittelbares Organ der Gemeindevertretung; Schlepp 45: die Werkleitung nimmt Zwitterstellung zwischen unmittelbarem Organ und mittelbarem Organ der Verwaltungsleitung ein; AB zu § 94 V ndsGemO: die Werkleitung ist ein Teil des Organs Verwaltungsleitung; s.a. Lüersen-Neuffer § 94 Erl. 8; Zeiß § 3 Erl. 1 - 3; Surén-Loschelder § 35 Erl. 6: die Werkleitung ist mittelbares Organ der Verwaltungsleitung.

2) OVG Münster, Urt. v. 22.7.1959 VwRspr 12, 727 ff; Wolff VwR II § 76 I d 2; Rauball § 75 Erl. 1.

3) Surén 284; Wicher 22; Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4; Masson Art. 80 Erl. 5; Galette-Laux § 87 Erl. 1 c; Gönnewein 486.

heiten nach außen zu vertreten. Die Geschäftsführungszuständigkeit ist nämlich von der Außenvertretungszuständigkeit zu unterscheiden ¹⁾.

b) Die Außenvertretung durch die Werkleitung

Die grundsätzliche Zuständigkeit der Verwaltungsleitung zur Außenvertretung der Gemeinde auch in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe wird jedoch eingeschränkt durch Sonderregelungen der Eigenbetriebsverordnungen bzw. der Gemeindeverfassungen selbst. Im Anschluß an § 3 I EBVO 38 übertragen die meisten dieser Sondervorschriften der Werkleitung in bestimmten Angelegenheiten der Eigenbetriebe die Vertretung der Gemeinde nach außen und schalten so die Vertretungszuständigkeit der Verwaltungsleitung aus ²⁾. Der Umfang der Außenvertretungszuständigkeit der Werkleitung weicht dabei im geltenden Eigenbetriebsrecht der Länder stark voneinander ab. Im Verhältnis zur Regelung in § 3 I EBVO 38 ist diese Zuständigkeit der Werkleitung teils erheblich erweitert, teils auch völlig aufgehoben.

Da die Außenvertretungszuständigkeit der Werkleitung idR davon abhängt, ob eine verpflichtende oder eine nicht-verpflichtende Erklärung abzugeben ist, wird im folgenden insoweit unterschieden und zunächst die Regelung bei der Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen dargestellt.

1. Die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen

a₁) Der Umfang der Zuständigkeiten der Werkleitung

a₂) Nach dem Umfang der rechtssatzmäßigen Zuständigkeit der Werkleitung zur Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen lassen sich im heutigen Eigenbetriebsrecht vier Gruppen unterscheiden.

1) Vgl. Surén 284; Wolff VwR II § 75 I e 1, 2.

2) Surén 285; Masson Art. 80 Erl. 5; a.A. Zeiß § 3 Erl. 2: der Gemeindedirektor kann auch im Bereich der Vertretungsmacht der Werkleitung tätig werden. Dagegen zu Recht Ludwig 165/166.

(1) In Baden-Württemberg vertritt die Werkleitung die Gemeinde im Rahmen ihrer Aufgaben ¹⁾. Zu diesen Aufgaben gehört neben der Leitung des Eigenbetriebs ²⁾ auch der Vollzug der Beschlüsse der Gemeindevertretung, ihrer Ausschüsse und der der Verwaltungsleitung in Angelegenheiten des Eigenbetriebs, soweit nicht der Verwaltungsleiter etwas anderes bestimmt ³⁾. In Baden-Württemberg ist daher die Werkleitung grundsätzlich in Angelegenheiten des Eigenbetriebs zur Vertretung der Gemeinde zuständig, gleichgültig, ob zur Beschlußfassung die Gemeindevertretung, der Werkausschuß, die Verwaltungsleitung oder die Werkleitung selbst berufen sind ⁴⁾.

(2) In Hessen und Rheinland-Pfalz vertritt die Werkleitung die Gemeinde nur in den Angelegenheiten des Eigenbetriebs, die nicht der Beschlußfassung der Gemeindevertretung vorbehalten sind ⁵⁾. Der Umfang der Vertretungszuständigkeiten der Werkleitung ist hier also enger, da Erklärungen, die der Entscheidung der Gemeindevertretung unterliegen, von der Verwaltungsleitung abgegeben werden müssen.

(3) Noch enger ist der Kreis der Außenvertretungszuständigkeit der Werkleitung in Bremerhaven, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Hier vertritt die Werkleitung die Gemeinde nur in den Angelegenheiten des Eigenbetriebs, die auch ihrer Entscheidung unterliegen ⁶⁾. Dabei ist zu beachten, daß in Niedersachsen und Schleswig-Holstein, also in den Ländern, in denen die EBVO 38 weitergilt, die Werkleitung nicht mehr "für den Bürgermeister" handelt. Dieser Zusatz war eindeutig auf das in der Deutschen Gemeindeordnung enthaltene Führer-

1) § 5 I bWEBG.

2) § 4 I bWEBG.

3) § 4 II bWEBG.

4) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 1.

5) §§ 3 I heEBG; 6 I rhpfEBVO

6) § 52 II brhVStVerf; § 3 I nWEBVO; § 3 I EBVO 38.

prinzip zugeschnitten ¹⁾ und hat im geltenden Eigenbetriebsrecht seinen Sinn verloren ²⁾.

(4) Eine Besonderheit stellt die Regelung in Bayern und im Saarland dar.

Gemäß Art. 80 I bayGemO hat die Werkleitung in Bayern überhaupt keine besondere Außenvertretungszuständigkeit; sie kann dort lediglich nach freiem Ermessen von der Gemeindevertretung zur Vertretung der Gemeinde nach außen ermächtigt ³⁾ werden ⁴⁾. Die Vertretungszuständigkeit der Werkleitung kann also bei einer Ermächtigung auf die Geschäfte der laufenden Betriebsführung beschränkt oder auch weiter ausgedehnt werden; ihr Umfang wird in der Betriebssatzung geregelt ⁵⁾.

Auch im Saarland ist die Werkleitung nicht zur Vertretung der Gemeinden in Angelegenheiten der Eigenbetriebe zuständig. Kraft ausdrücklicher - aber unnötiger - Regelung in § 2 I saarlEBVO vertritt der Bürgermeister die Gemeinden auch insoweit ⁶⁾.

b₂) Über den Kreis der hier genannten Außenvertretungszuständigkeiten hinaus können der Werkleitung in Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein durch die

-
- 1) Vgl. Ziff. 1 der AAnw. zu § 3 EBVO 38; Schlempp ⁴⁴; ders.: DGemTg 1939, 174 ff: der Bürgermeister ist kraft seiner Führerstellung auch in Angelegenheiten des Eigenbetriebs schlechthin zur Vertretung der Gemeinde befugt.
 - 2) A.A. Surén 286 Anm. 142. "Für den Bürgermeister" ist so auszuliegen, daß das nach der neuen Gemeindeverfassung zur Vertretung der Gemeinde berechnigte Organ an seine Stelle tritt; s.a. Galette-Laux § 87 Erl. 1 c.
 - 3) Zum Wesen der Ermächtigung, vgl. unten S. 184.
 - 4) Surén 285; Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4; Masson Art. 80 Erl. 5.
 - 5) Art. 80 II bayGemO; Masson Art. 80 Erl. 5.
 - 6) Vgl. auch Wicher 22.

Betriebssatzung¹⁾ weitergehende Vertretungszuständigkeiten eingeräumt werden²⁾.

Durch Beschluß der Gemeindevertretung gemäß § 55 S. 2 nwGemO kann der Werkleitung in Nordrhein-Westfalen eine weitergehende Vertretungszuständigkeit nicht eingeräumt werden³⁾, da die Gemeindevertretung gemäß § 55 S. 2 nwGemO nur ein Rückholrecht hat. Wenn sie dem Gemeindedirektor die Zuständigkeit zur Außenvertretung entzieht, darf sie sie nicht einem anderen Organ einräumen⁴⁾.

Die Werkleitung erwirbt die weitergehenden Außenvertretungszuständigkeiten im Wege der Delegation, die in den Eigenbetriebsverordnungen bereits vorgesehen ist und durch die ihr ein Teil der Organzuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung in der Weise übertragen werden, daß die Verwaltungsleitung die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der übertragenen Kompetenz verliert⁵⁾. Zwar ist die Delegationsermächtigung hier nicht - wie idR - dem regulären Subjekt der Kompetenz - also der Verwaltungsleitung - erteilt, dies ist jedoch unschädlich, da sie auch einem übergeordneten Organ (der Gemeindevertretung) zustehen kann⁶⁾. Im Rahmen der übertragenen Vertretungs-

1) In NW in Personalangelegenheiten auch durch die Hauptsatzung, vgl. § 6 nwEBVO; § 54 I nwGemO; Ziff. 1 b der AAnw. zu § 3 nwEBVO.

2) § 3 I heEBG; § 3 I nwEBVO; Ziff. 1 b der AAnw. zu § 3 nwEBVO. Für Nds und SchlH ergibt sich dies aus einer der neuen Gemeindeverfassung konformen Auslegung des § 3 I EBVO 38. Danach muß die Gemeindevertretung in einer Betriebssatzung die Übertragung vornehmen, a.A. aber zweifelnd Galette-Laux § 87 Erl. 1 c.

3) A.A. Surén 286/287 Anm. 143; Zeiß § 3 Erl. 3; Ziff. 1 b der AAnw. zu § 3 nwEBVO.

4) Kottenberg § 55 Erl. I; Odenbreit-Hensel 390; a.A. Zuhorn-Hoppe 286.

5) Vgl. zum Wesen der Delegation oben S. 17 ff.

6) So Wolff VwR II § 72 IV b 2; s.a. Ludwig 177/178, der zwar auch von Delegation spricht, dann jedoch fortfährt, die Werkleitung würde insoweit in einem Auftragsverhältnis tätig und handle nicht in organschaftlicher Funktion.

befugnisse wird die Werkleitung als Delegatar in eigener Zuständigkeit tätig.

b₁) Die vertretungsberechtigten Personen

a₂) Die Werkleiter

Besteht die Werkleitung eines Eigenbetriebs nur aus einer Person, dem Werkleiter, so vertritt dieser als originärer Organwalter des Quasiorgans Werkleitung die Gemeinde allein. Ist die Werkleitung kollegial ausgestaltet, nehmen zwei Werkleiter die Außenvertretungszuständigkeiten gemeinschaftlich wahr ¹⁾. Dabei sollte eine Geschäftsordnung zweckmäßiger Weise bestimmen, welche zwei Werkleiter jeweils gemeinsam vertretungsberechtigt sind ²⁾.

In Baden-Württemberg und Hessen kann die Betriebssatzung allerdings etwas anderes festlegen ³⁾; z.B., daß ein Beigeordneter, der einer mehrköpfigen Werkleitung angehört, allein vertretungsberechtigt ist ⁴⁾. Ohne eine solche Satzungsregelung kann also auch der Erste Werkleiter nicht allein handeln ⁵⁾.

Bei der Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen unterzeichnen die Werkleiter im Rahmen ihrer rechtssatzmäßig festgelegten Außenvertretungszuständigkeit unter dem Namen des Eigenbetriebs (z.B. Stadtwerke der Stadt X) mit ihrem Namen ohne Angabe eines weiteren Zusatzes ⁶⁾.

1) § 5 I bwEBG; § 3 I heEBG; § 3 I nwEBVO; § 6 I rhpfEBVO;
§ 3 I EBVO 38.

2) Vgl. Schauwecker-Münch § 5 Erl. 2.

3) § 5 I bwEBG; § 3 I heEBG.

4) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 2.

5) ZeiB § 3 Erl. 3.

6) § 5 III bwEBG; § 3 V heEBG; § 3 II nwEBVO; § 6 III rhpfEBVO; Schauwecker-Münch § 5 Erl. 6; Surén 289; Ziff. 3 der AAnw. zu § 3 nwEBVO.

Dies gilt auch, wenn der Werkleitung kraft der in der Betriebssatzung ausgesprochenen Delegation die Außenvertretungszuständigkeit übertragen ist, da sie insoweit in eigener Zuständigkeit tätig wird ¹⁾.

b₂) Der Vertreter im Falle der Verhinderung

Besteht die Werkleitung nur aus einem Werkleiter, so kann für den Fall seiner Verhinderung ein Beamter oder Angestellter ²⁾ - oder auch mehrere - bestellt werden, der als Ersatzwalter die Zuständigkeiten des Quasiorgans Werkleitung wahrnimmt. Eine ständige allgemeine Vertretung des (einzigen) Werkleiters ist im Eigenbetriebsrecht nicht vorgesehen, da die Werkleitung kollegial gebildet werden kann. Ebenso wie die Werkleiter wird auch der Vertreter im Falle der Verhinderung von der Gemeindevertretung berufen ³⁾; 4).

Beiseinem Tätigwerden zeichnet der Vertreter des Werkleiters im Schriftverkehr mit dem Zusatz "in Vertretung" ⁵⁾.

-
- 1) A.A. Ziff. 3 der AAnw. zu § 3 nWEbVO: die Werkleiter zeichnen unter der Bezeichnung "Der Gemeindedirektor - Stadtwerke der Stadt X" unter Angabe des Vertretungsverhältnisses (also i.A.), ebenso Zeiß § 3 Erl. 3; Surén 289.
 - 2) Unzutreffend daher Ziff. 2 der AAnw. zu § 3 nWEbVO: "andere Dienstkräfte"; dieser Begriff schließt nämlich auch Arbeiter ein, die jedoch nicht (Ersatz-) Organwalter eines Gemeindeorgans sein können; vgl. dazu Ludwig 172; Zeiß § 2 Erl. 5 g, § 3 Erl. 4 b; Wolff VwR II § 98 IV c.
 - 3) A.A. Ziff. 2 der AAnw. zu § 3 nWEbVO, wonach der Gemeindedirektor andere Dienstkräfte mit der Vertretung des Werkleiters beauftragen kann. Diese Ansicht beruht erkennbar darauf, daß die Werkleitung fälschlich als Teil des Organs Gemeindedirektor angesehen wird, vgl. oben S. 179/180.
 - 4) Vgl. auch § 6 II rhpfEBVO: die Vertretung der Werkleitung wird durch den Werksausschuß nach Maßgabe der Betriebssatzung geregelt.
 - 5) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 6; a.A. Ziff. 3 der AAnw. zu § 3 nWEbVO: "im Auftrage" (des Gemeindedirektors).

c₂) Die Vertreter kraft dienstlicher (öffentlich-rechtlicher) Beauftragung

Im Rahmen ihrer Außenvertretungszuständigkeit¹⁾ kann die Werkleitung in bestimmtem Umfang auch Beamte und Angestellte mit der Wahrnehmung der Außenvertretungszuständigkeit dienstlich (öffentlich-rechtlich) beauftragen²⁾, da sie im Rahmen der ihr kraft Rechtssatzes bzw. Delegation zustehenden Außenvertretungszuständigkeit grundsätzlich ausschließlich zuständig ist. Soweit die Werkleitung kollegial organisiert ist, muß sie bei der Beauftragung festlegen, ob der dienstlich Beauftragte zusammen mit einem anderen Beauftragten oder zusammen mit einem Mitglied der Werkleitung zeichnen darf³⁾. Allein darf der Beauftragte niemals zeichnen, da bei kollegialer Organisation der Werkleitung Gesamtwaltung angeordnet ist⁴⁾.

Die beauftragten Beamten oder Angestellten zeichnen mit dem Zusatz "im Auftrag".

d₂) Die Vertreter kraft rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung

Im gleichen Umfang, in dem die Werkleitung zur dienstlichen Beauftragung zuständig ist, kann sie in bestimmten Angelegenheiten auch rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen⁵⁾. Diese

1) In He nur im Rahmen der Zuständigkeit bei Geschäften der laufenden Betriebsführung, vgl. § 3 III heEBG.

2) Gönnerwein 486; § 5 II bwEBG: die Betriebssatzung kann jedoch die Zustimmung des Verwaltungsleiters fordern; Schauwecker-Münch § 5 Erl. 3; Ludwig 172; a.A. Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4 in Anlehnung an § 3 I EBVO 38: die Gemeindevertretung auf Vorschlag der Werkleitung; Ziff. 2 der AAnw. zu § 3 nweBVO; Zeiß § 3 Erl. 4 b: der Verwaltungsleiter ist zur dienstlichen Beauftragung zuständig, vgl. hierzu die Kritik von Ludwig 172. S.a. § 52 II brhVStVerf.

3) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 6.

4) So wohl auch Zeiß § 3 Erl. 4; a.A. Schauwecker-Münch § 5 Erl. 6.

5) § 5 II bwEBG; Schauwecker-Münch § 5 Erl. 4; Zeiß § 3 Erl. 5; Ludwig 174 f; s.a. § 3 IV heEBG.

wird sich zwar meist an Personen richten, die nicht dem Eigenbetrieb oder der gemeindlichen Verwaltung angehören (z.B. an Rechtsanwälte, Notare, Makler usw.), sie kann jedoch auch an Angehörige der allgemeinen Verwaltung oder der Eigenbetriebe ergehen ¹⁾.

2. Die Abgabe verpflichtender Erklärungen

Zahlreiche Erklärungen, die in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe abzugeben sind, begründen für die Gemeinde eine Verpflichtung, so z.B. der Abschluß von Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk-, Dienst- und Darlehensverträgen, ebenso von Energie- und Wasserlieferungsverträgen. Für die Abgabe dieser Verpflichtungserklärungen ²⁾ haben die Eigenbetriebsverordnungen besondere Regelungen erlassen, die sich weitgehend von denen für die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen unterscheiden. Der Werkleitung steht danach grundsätzlich bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen die Außenvertretungszuständigkeit in Angelegenheiten des Eigenbetriebs nicht zu, es sei denn, es handelt sich um Verpflichtungsgeschäfte der laufenden Betriebsführung ³⁾.

a₁) Die grundsätzliche Regelung

Im Gegensatz zu den umfangreichen eigenen Zuständigkeiten, die die Werkleitung bei der Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen wahrnimmt, kommt ihr im Bereich der verpflichtenden Erklärungen - mit Ausnahme von Baden-Württemberg und mit Besonderheiten in Bayern und Nordrhein-Westfalen- eine Außenvertretungszuständigkeit grundsätzlich nicht zu. Das Eigenbetriebsrecht in Bayern ⁴⁾, Bremerhaven, Hessen, Niedersachsen, Nord-

1) Zeiß § 3 Erl. 5; Schlempp 45.

2) Vgl. oben S. 44 f.
Zeiß § 3 Erl. 7 b.

3) Vgl. dazu oben S. 177 ff.

4) Soweit nicht diese Zuständigkeiten auf die Werkleitung delegiert sind, vgl. unten S. 190.

rhein-Westfalen ¹⁾, Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Schleswig-Holstein beläßt die Zuständigkeit zur Abgabe verpflichtender Erklärungen, soweit es sich nicht um Geschäfte der laufenden Betriebsführung handelt, vielmehr der Verwaltungsleitung ²⁾, so daß hier auf die Ausführungen in § 6 dieser Untersuchung verwiesen werden kann. Verpflichtungserklärungen sind somit auch in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe unter der Amtsbezeichnung "Verwaltungsleitung" und unter Beachtung der jeweiligen Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten abzugeben. Allerdings ist dabei in Bayern und Bremerhaven, wo gemäß Art. 38 II bayGemO und § 48 Ziff. 8 brhVStVerf Einzelverwaltung angeordnet ist, zu beachten, daß auf Grund des weitergeltenden § 3 III EBVO 38 immer dann eine Gesamtwaltung stattfinden muß, wenn nicht der Bürgermeister selbst handelt ³⁾. Der Amtsbezeichnung "Verwaltungsleitung" kann auch ein auf den Eigenbetrieb hinweisender Zusatz beigefügt werden ⁴⁾.

a₂) Von dieser Regelung macht zunächst Baden-Württemberg eine Ausnahme. Gemäß § 5 IV bwEBG ist die Werkleitung nämlich auch zur Abgabe verpflichtender Erklärungen zuständig. Die Verpflichtungserklärungen müssen stets durch zwei Vertretungsberechtigte unter dem Namen des Eigenbetriebs und zweckmäßigerweise unter Angabe des Vertretungsverhältnisses unterzeichnet werden; dies gilt selbst dann, wenn laut Betriebssatzung in einer mehrköpfigen Werkleitung ein Werkleiter allein vertretungsberechtigt ist ⁵⁾. Besteht die Werkleitung jedoch aus einem Werkleiter, kann dieser allein zeichnen ⁶⁾.

1) Hier allerdings unter Beteiligung eines Werkleiters, vgl. unten S. 190.

2) § 3 II heEBG; § 6 IV rhpfEBVO; § 2 II saarlEBVO; § 3 III EBVO 38 i.V.m. Ziff. 3 der AAnw. zu § 3 EBVO 38; Galette-laux § 87 Erl. 1 c.

3) Surén 290 Anm. 152; Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4; Masson Art. 80 Erl. 5.

4) Ziff. 3 der AAnw. zu § 3 EBVO 38; Schlempp 83; Zeiß § 3 Erl. 7 d.

5) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 7.

6) § 5 IV S. 1 2. Halbs. bwEBG.

b₂) In Bayern hat die Werkleitung zwar gemäß Art. 80 I bayGemO keine eigene Außenvertretungszuständigkeit, sie kann ihr jedoch durch die Betriebssatzung im Wege der Delegation übertragen werden ¹⁾. Aus der Formulierung in Art. 80 I 3 bayGemO ergibt sich, daß dies nicht nur zur Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen möglich ist, sondern auch zur Abgabe verpflichtender Erklärungen ²⁾. Ist die Zuständigkeit hierzu delegiert, sind Verpflichtungserklärungen unter dem Namen des Eigenbetriebs von zwei vertretungsberechtigten Personen gemeinsam abzugeben ³⁾.

c₂) Eine Besonderheit gilt auch in Nordrhein-Westfalen, wo gemäß § 3 III nWEBVO bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen des Eigenbetriebs zwar nach den Vorschriften der §§ 54, 56 nWGemO zu verfahren ist, jedoch in der Weise, daß Erklärungen vom Gemeindedirektor oder seinem Vertreter ⁴⁾ und einem Werkleiter zu unterzeichnen sind. Die Erklärungen werden unter der Amtsbezeichnung "Gemeindedirektor" (im Auftrage des Rates) und nicht unter dem Namen des Eigenbetriebs abgegeben ⁵⁾, letzterer kann jedoch zugefügt werden ⁶⁾.

Das Organ Gemeindedirektor ist bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen des Eigenbetriebs irregulär besetzt. Kraft zwingender Vorschrift muß jeweils ein Werkleiter bei der Gesamtwaltung mitwirken ⁷⁾. Dabei kann § 3 III 2 nWEBVO nur so

1) Vgl. oben S. 183.

2) A.A. ohne nähere Begründung Helmreich-Widtmann Art. 80 Erl. 4; Masson Art. 80 Erl. 5.

3) Vgl. § 3 I, II EBVO 38.

4) Dies ist der ständige allgemeine Vertreter und der ständige Sondervertreter (Fachdezernent), so Ziff. 4 der AAnw. zu § 3 nWEBVO; Zeiß § 3 Erl. 7 d; s.a. S. 115 ff "konkrete Vertretungsbefugnis"; a.A. wohl Ludwig 188/189.

5) Ziff. 4 der AAnw. zu § 3 nWEBVO.

6) Zeiß § 3 Erl. 7 d.

7) § 3 III 2 nWEBVO.

verstanden werden, daß die einzelnen Werkleiter jeweils ohne weiteres zur Mitwirkung zuständig sind und nicht erst eines besonderen Auftrages durch den Gemeindedirektor benötigen. Daher zeichnen die Werkleiter auch nur mit ihrem Namen ¹⁾. Ob die einzelnen Werkleiter oder die Werkleitung als solche auch andere Beamte und Angestellte des Eigenbetriebs mit der Abgabe der Zweitunterschrift beauftragen kann, erscheint fraglich. Man muß diese Frage wohl für den Fall bejahen, daß die Werkleitung den Auftrag erteilt, nicht aber dann, wenn dies ein einzelner Werkleiter macht, da dieser sonst durch Beauftragung eines Dritten möglicherweise einen anderen Werkleiter von der Mitzeichnung tatsächlich ausschließen könnte. Unrichtig ist es m.E., dem Gemeindedirektor ein solches Auftragsrecht einzuräumen, da dieser hierdurch in die rechtsatzmäßige Zuständigkeit der einzelnen Werkleiter zur Mitzeichnung eingreifen könnte ²⁾.

b₁) Die Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung

Wie oben ³⁾ bereits ausgeführt wurde, ist die Werkleitung nach allen Eigenbetriebsverordnungen zur Geschäftsführung im Rahmen der laufenden Betriebsführung unbeschränkt zuständig. Mit Ausnahme des Landes Bayern ⁴⁾ und des Saarlandes obliegt ihr in diesem Bereich auch die Außenvertretung ⁵⁾. Da zu den Geschäften der laufenden Betriebsführung auch Verpflichtungserklärungen gehören können, fragt es sich, ob die Werkleitung auch zur Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung zuständig ist.

1) A.A. Zeiß § 3 Erl. 7 d: die Werkleiter zeichnen "i.A."

2) Vgl. aber Zeiß § 3 Erl. 7 d.

3) Vgl. oben S. 176 f.

4) Hier kann sie jedoch dazu ermächtigt werden, vgl. oben S. 183.

5) Vgl. oben S. 182 ff.

In Baden-Württemberg, wo die Werkleitung zur Außenvertretung schlechthin zuständig ist ¹⁾, versteht sich dies von selbst. In Hessen ist die Zuständigkeit der Werkleitung insoweit ausdrücklich geregelt ²⁾. Demgegenüber bestehen in Bremerhaven, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein Zweifel, ob die Werkleitung hierfür zuständig ist ³⁾. Dort ist bei den verpflichtenden Erklärungen des Eigenbetriebs grundsätzlich nach den für die Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen geltenden Vorschriften der Gemeindeverfassungen zu verfahren ⁴⁾. Dies könnte bedeuten, daß alle Verpflichtungserklärungen für den Eigenbetrieb von der Verwaltungsleitung abzugeben sind, die Verpflichtungserklärungen der laufenden Betriebsführung allerdings ohne die Beachtung der besonderen Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten.

Die Formulierung der Bestimmungen in den genannten Eigenbetriebsverordnungen ist mißverständlich. Ebenso, wie zur Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Verwaltung jeweils das Organ zuständig ist, welches in diesem Bereich auch zur Geschäftsführung befugt ist - also die Verwaltungsleitung -, muß entsprechend auch die zur Geschäftsführung befugte Werkleitung die Gemeinde bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung nach außen vertreten können ⁵⁾. Auch in Bremerhaven, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein ist daher die Werkleitung zur Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung zuständig ⁶⁾.

1) Vgl. oben S. 189.

2) § 3 II 2 heEBG.

3) Im Saarl und in Bay ist zur Außenvertretung lediglich die Verwaltungsleitung befugt; in Bay kann die Werkleitung jedoch auch zur Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung ermächtigt werden, vgl. oben S. 183.

4) Vgl. für Brhv, Nds und SchlH: § 3 III EBVO 38; s.a. § 3 III nweBVO; § 6 IV rhpfEBVO.

5) So auch Ludwig 184.

6) Surén 290; Ludwig 184; Ziff. 4 der AAnw. zu § 3 nweBVO; Zeiß § 3 Erl. 8 a; a.A. wohl Galette-Laux § 87 Erl. 1 c.

Soweit die Werkleitung aus mehreren Mitgliedern besteht, sind die verpflichtenden Erklärungen der laufenden Betriebsführung von jeweils zwei Werkleitern gemeinschaftlich abzugeben. Dem steht nicht entgegen, daß die Geschäfte der laufenden Betriebsführung entsprechend den Geschäften der laufenden Verwaltung behandelt werden und daher von den jeweiligen besonderen Zuständigkeitsregelungen und Förmlichkeiten befreit sind ¹⁾. Eine Befreiung kann nämlich nur insoweit eintreten, als die ursprünglichen Vorschriften über die Außenvertretung der Gemeinde bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen verschärft sind. Da aber bei einer mehrköpfigen Werkleitung für die Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen idR Gesamtwaltung angeordnet ist, muß dies auch bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung gelten ²⁾.

Aus dem Gebot der Gesamtwaltung folgt nicht, daß Erklärungen der laufenden Betriebsführung, die im Schriftverkehr unter dem Namen des Eigenbetriebs abzugeben sind, die Unterschriften beider Werkleiter tragen müssen. Zwar müssen beide Werkleiter bei der Abgabe der Erklärung mitgewirkt haben, da die Geschäfte der laufenden Betriebsführung jedoch grundsätzlich formlos erfolgen können, genügt die Unterzeichnung durch einen Werkleiter. Etwas anderes gilt nur in Hessen, wo § 3 II heEBG ausdrücklich Schriftform für die verpflichtenden Erklärungen (der laufenden Betriebsführung) verlangt. Hier muß die Erklärung die Unterschriften beider Werkleiter erhalten. Zweckmäßigerweise ist dies jedoch allgemein für das Eigenbetriebsrecht zu fordern ³⁾.

Für die Abgabe verpflichtender Erklärungen der laufenden Betriebsführung gilt im übrigen das, was oben ⁴⁾ allgemein

1) ZeiB § 3 Erl. 8 a; Schauwecker-Münch § 5 Erl. 8.

2) In He ist dies in § 3 I, II heEBG ausdrücklich geregelt; vgl. im übrigen Ludwig 184/185.

3) Schauwecker-Münch § 5 Erl. 8; ZeiB § 3 Erl. 8 a.

4) Vgl. oben S. 181 ff.

zur Außenvertretung durch die Werkleitung gesagt wurde. Hervorzuheben ist vielleicht, daß ein von der Werkleitung zur Abgabe einer solchen Erklärung rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter ¹⁾ diese Erklärung ohne Einhaltung irgendwelcher weiteren Vorschriften allein abgeben kann ²⁾, wenn die Vollmacht den Vorschriften für die Abgabe einer verpflichtenden Erklärung der laufenden Betriebsführung entspricht, d.h. sie muß in Hessen schriftlich erteilt werden ³⁾, im übrigen ist sie jedoch formfrei ⁴⁾.

c) Die Außenvertretung durch die Verwaltungsleitung

Wie oben ⁵⁾ bereits dargestellt wurde, ist die Verwaltungsleitung auch in den Angelegenheiten der Eigenbetriebe grundsätzlich zur Vertretung der Gemeinde nach außen zuständig, soweit das Eigenbetriebsrecht nicht der Werkleitung die Außenvertretungszuständigkeit einräumt. Die Verwaltungsleitung gibt daher idR alle Verpflichtungserklärungen ab, es sei denn, es handelt sich um Geschäfte der laufenden Betriebsführung ⁶⁾. Ferner obliegt ihr der Vollzug derjenigen nicht-verpflichtenden Erklärungen, die nicht kraft ausdrücklicher rechtssatzmäßiger Regelung - in unterschiedlichem Umfange - von der Werkleitung abzugeben sind ⁷⁾. Soweit demnach die Verwaltungsleitung zuständig ist, gilt das in §§ 5 und 6 dieser Untersuchung Ausgeführte entsprechend.

1) Vgl. zur Zuständigkeit der Werkleitung oben S. 187.

2) Zeiß § 3 Erl. 8 b; Ludwig 185.

3) § 3 IV heEBG.

4) Vgl. Zeiß § 3 Erl. 8 b.

5) Vgl. oben S. 180.

6) Vgl. oben S. 191 ff.

Siehe auch die Regelung für BW, vgl. oben S. 189.

7) Vgl. oben S. 181 ff.
s.a. Ludwig 181/182.

Ergänzend sei hier noch erwähnt, daß die Verwaltungsleitung im Rahmen ihrer Befugnisse auch die Werkleitung oder einzelne Werkleiter mit der Außenvertretung dienstlich beauftragen kann ¹⁾. Eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der Werkleitung (wohl aber der einzelnen Werkleiter) kommt dagegen nicht in Betracht, da eine Vollmacht stets auf eine Person, nicht jedoch auf eine Dienststelle lauten darf ²⁾.

1) Vgl. dazu Ziff. 1 b der AAnw. zu § 3 nWEBVO; Zeiß § 3 Erl. 4; Ludwig 179/180.

2) Vgl. oben S. 73 Anm. 2.
Zeiß § 3 Erl. 5.

§ 11 Die Vertretung der Gemeinde in den Organen wirtschaftlicher Unternehmen

I. Allgemeines

Gemeindliche Außenvertretungsakte finden sich auch im Bereich ihrer wirtschaftlichen Betätigung. Wenn sich die Gemeinde nämlich an einem rechtlich selbständigen Unternehmen beteiligt¹⁾ oder ein solches als Eigengesellschaft führt²⁾, liegt ihr daran, Einfluß auf die Geschäftsführung des Unternehmens zu erlangen, um dadurch ihre Interessen an dem Unternehmen nach besten Kräften zu wahren. Der geeignetste Weg hierzu geht über die Organe des Unternehmens, da die Gemeinde dort entweder auf Grund ihres Mitgliedschaftsrechts oder auf Grund anderer Umstände durch besondere Vertreter und deren Außenvertretungsakte ihren Einfluß geltend machen kann³⁾.

Für diesen Bereich der gemeindlichen Außenvertretung enthalten alle Gemeindeverfassungen - mit Ausnahme der von Bayern - ausdrückliche Vorschriften. Sie bestimmen, wer zur Außenvertretung der Gemeinde in solchen Unternehmen berufen ist oder berufen werden kann, sowie ob und durch wen die Vertreter an Weisungen gebunden sind⁴⁾. Die genannten Vorschriften sind sowohl auf die Vertretung in Beteiligungsgesellschaften als auch auf die Vertretung in Eigengesellschaften anzuwenden⁵⁾. Soweit letzteres nicht ausdrücklich festgelegt ist⁶⁾,

1) Vgl. oben S. 171 ff.

2) Vgl. oben S. 170 f.

3) Vgl. Surén-Loschelder § 70 Erl. 2; Surén 200; Gönnerwein 500.

4) § 88 bwGemO; § 58 brhvStVerf; § 101 heGemO; § 92 ndsGemO; § 72 nwGemO; § 83 rhpfSVG; § 86 saarlKSVG; § 85 schlhGemO.

5) Dabei ist zu beachten, daß die Eigengesellschaft i.w.S. (vgl. oben S. 170/171) ihrem Wesen nach eine Beteiligungsgesellschaft ist.

6) § 101 I heGemO; § 92 I ndsGemO; § 72 I nwGemO; § 86 I saarlKSVG; § 85 I schlhGemO; s.a. § 74 I des Weinheimer Entwurfs einer Gemeindeordnung vom 2./3.7.1948 (WE), zit. nach Blank: StTg 1958, 106.

folgt es daraus, daß die Gemeinden rechtlich selbständige Unternehmen niemals allein errichten, sondern nur auf dem Wege über die Beteiligung zu einer Eigengesellschaft i.e.S. kommen können, die Eigengesellschaft i.e.S. also ihrem Ursprung und Gründungsvorgang nach eine Beteiligungsgesellschaft ist ¹⁾, auf die deshalb die für letztere geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind.

Bei der Frage, wer die Gemeinde in den Organen wirtschaftlicher Unternehmen vertritt, ist zunächst die Vertretung der Gemeinde in dem obersten Organ des Unternehmens (Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien; Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung; General- oder Vertreterversammlung einer eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft) von der in einem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan (Vorstand, Aufsichtsrat, Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung) zu unterscheiden ²⁾.

II. Die Vertretung in dem obersten Organ eines Unternehmens

Echte privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte der Gemeinden im Bereich ihrer wirtschaftlichen Betätigung liegen vor, wenn in der Hauptversammlung, Gesellschafterversammlung oder der General- bzw. Vertreterversammlung eines Unternehmens das gemeindliche Stimmrecht ausgeübt wird. Da in diesen Gremien die Angelegenheiten des Unternehmens idR durch Beschlüsse mit Stimmenmehrheit entschieden werden, hängt dabei das Maß des gemeindlichen Einflusses von der Zahl ihrer Stimmen ab, d.h. von dem Umfang der Beteiligung an dem Grundkapital des Unternehmens ³⁾.

1) Vgl. oben S. 170 f.

2) Gönnerwein 501; Surén 203 ff; 208 ff.

3) Kunze-Schmid § 88 Erl. II 1; Surén-Loschelder § 70 Erl. 2 a.

a) Die gesetzlichen Bestimmungen

Wer zur Vertretung der Gemeinde in dem obersten Organ eines Unternehmens zuständig ist, haben die Gemeindeverfassungen unterschiedlich geregelt:

1. In Bayern enthält die Gemeindeordnung für die Außenvertretung der Gemeinden in dem obersten Organ eines wirtschaftlichen Unternehmens keine ausdrücklichen Vorschriften. Es gilt daher uneingeschränkt das allgemeine Vertretungsrecht, wonach die Verwaltungsleitung zur Vertretung der Gemeinde nach außen zuständig ist ¹⁾. Zur Stimmabgabe sind der originäre Organwalter (der erste Bürgermeister) und bei seiner Verhinderung die allgemeinen Vertreter als Ersatzwalter (die weiteren Bürgermeister) zuständig. Ferner kann der erste Bürgermeister im Rahmen der Geschäftsverteilung besondere Vertreter mit der Zuständigkeitswahrnehmung beauftragen, wobei er auf etwaige von der Gemeindevertretung im Rahmen der Geschäftsverteilung getroffene besondere Regelungen Rücksicht zu nehmen hat ²⁾.

2. Kraft ausdrücklicher Regelung ist in Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und im Saarland ³⁾ das zur allgemeinen Außenvertretung der Gemeinde wahrnehmungszuständige Organ grundsätzlich auch zur Vertretung in dem obersten Organ eines Unternehmens berufen. Den genannten Bestimmungen kommt für die Vertretungszuständigkeit der Verwaltungsleitung daher keine besondere Bedeutung zu, sie regeln vielmehr nur einen Sonderfall der allgemeinen Außenvertretung ⁴⁾.

1) Art. 38 I bayGemO; s.a. Gönnerwein 501; Surén 208; Helmreich-Widtmann Art. 78 Erl. 1; Masson Art. 78 Erl. 1

2) Art. 39, 46 bayGemO; Masson Art. 78 Erl. 1; Helmreich-Widtmann Art. 78 Erl. 1.

3) § 88 I bwGemO; § 101 I heGemO; § 83 I rhpfSVG; § 86 I saarl-KSVG.

4) Kunze-Schmid § 88 Erl. II 2; Muntzke-Schlempp 884; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 2; Gönnerwein 501; Surén 203.

Neben dem originären Organwalter sind somit der ständige allgemeine Vertreter, der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung und der im Rahmen der Geschäftsverteilung dezentralmäßig bestimmte ständige Sondervertreter zur Stimmrechtsausübung zuständig ¹⁾.

In Hessen können darüber hinaus entsprechend den allgemeinen Regeln über die Außenvertretung in §§ 71, 79 HeGemO von der Verwaltungsleitung auch andere Gemeindebedienstete (auch Ehrenbeamte) mit der Wahrnehmung der Vertretungszuständigkeit dienstlich (öffentlich-rechtlich) beauftragt werden. Ferner kann die Verwaltungsleitung Gemeindevertreter und außenstehende Dritte zur Stimmabgabe bevollmächtigen ²⁾.

In Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und im Saarland ³⁾ ist das Recht der Verwaltungsleitung zur dienstlichen Beauftragung und privatrechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung demgegenüber im Rahmen der Vertretungszuständigkeit zur Stimmabgabe beschränkt.

In Baden-Württemberg und in Rheinland-Pfalz ⁴⁾ kann die Verwaltungsleitung nur für jedes Oberste Organ eines Unternehmens jeweils einen Beamten (auch Ehrenbeamte) oder Angestellten der Gemeinde mit der Wahrnehmung der Vertretungszuständigkeit dienstlich beauftragen ⁵⁾. Weitere dienstliche Beauftragungen oder privatrechtsgeschäftliche Bevollmächtigungen etwa von Gemeindevertretern oder außenstehenden Dritten durch die

1) Kunze-Schmid § 88 Erl. II 2; Muntzke-Schlemp 884/885; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 2.

2) Muntzke-Schlemp 885; Surén 206.

3) § 88 I bwGemO; § 83 I rhpfSVG; § 86 I saarlKSVG.

4) § 88 I 1 2. Halbs. bwGemO; § 83 I 1 2. Halbs. rhpfSVG.

5) Dadurch schaltet der Verwaltungsleiter weder sich selbst noch die Ersatzwalter aus, vgl. oben S. 67. so aber Surén 204; ähnlich auch Kunze-Schmid § 88 Erl. II 3: die Ersatzwalter sind zur Wahrnehmung nur zuständig, wenn der Verwaltungsleiter und der Beauftragte zugleich verhindert sind.

Verwaltungsleitung sind ausgeschlossen ¹⁾.

Im Saarland ²⁾ kann die Verwaltungsleitung allein überhaupt niemanden zur Stimmabgabe dienstlich beauftragen oder privatrechtsgeschäftlich bevollmächtigen.

Den Gemeinden in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und im Saarland ist jedoch die Möglichkeit eröffnet, weitere bzw. besondere Vertreter zu bestellen und in die obersten Organe der Unternehmen zu entsenden ³⁾. Zuständig dazu ist die Gemeindevertretung ⁴⁾, im Saarland allerdings nur auf Vorschlag der Verwaltungsleitung. Die weiteren Vertreter können Beamte und Angestellte der Gemeinde sowie Mitglieder der Gemeindevertretung und andere außenstehende Dritte sein ⁵⁾. Die Vorschrift, daß die Gemeindevertretung "weitere Vertreter" bestellen kann, ist praktisch allerdings nur dann von Bedeutung, wenn die Gemeinde mehr als einen Vertreter entsenden kann, d.h. wenn ihr in dem obersten Organ mehrere Stimmen zustehen und nach dem das Unternehmen beherrschenden Recht mehrere Stimmrechte getrennt voneinander abgegeben werden können. So kann z.B. bei einer Aktiengesellschaft, bei der jede Aktie das Stimmrecht gewährt ⁶⁾, die Gemeinde, falls sie eine Mehrzahl von Stimmen in der Hauptversammlung hat, das Stimmrecht - neben dem Ver-

1) Kunze-Schmid § 88 Erl. II 3; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 2; Surén 204, 207.

2) § 86 I saarlKSVG.

3) § 88 I 2 bwGemO; § 83 I 2 rhpfSVG; § 86 I 2 saarlKSVG.

4) Dies gilt auch in BW, wo eine ausdrückliche Regelung nicht besteht; die Ausübung der in § 88 I 2 bwGemO enthaltenen Ermächtigung gehört nämlich nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung; vgl. auch Kunze-Schmid § 88 Erl. II 4.

5) Kunze-Schmid § 88 Erl. II 4; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 2; Rittel § 83 Erl. 1: vor allem Ratsmitglieder sollen bestellt werden; zur Rechtstellung dieser weiteren Vertreter vgl. Surén 205; Gönnenwein 502; Kunze-Schmid § 88 Erl. II 4; Sudhoff 45 ff; Bückmann 74.

6) § 12 I 1 AktG.

waltungsleiter - auf die weiteren Vertreter aufteilen. Der Verwaltungsleiter darf durch diese Stimmaufteilung jedoch nicht völlig ausgeschlossen werden ¹⁾. Bei Genossenschaften, wo jeder Genosse ohne Rücksicht auf die Höhe seines Geschäftsanteils nur eine Stimme hat ²⁾, ist eine Stimmaufteilung nicht möglich. Werden hier neben dem Verwaltungsleiter weitere Vertreter bestellt, so können sie nur eine repräsentative Stellung in der Generalversammlung einnehmen ³⁾.

3. In Bremerhaven vertreten der Oberbürgermeister oder ein anderes nach der Geschäftsverteilung zuständiges Magistratsmitglied die Gemeinde in dem obersten Organ eines Unternehmens ⁴⁾. Die dem Organ Verwaltungsleiter sonst ⁵⁾ allein zustehende Befugnis, die Gemeinde nach außen zu vertreten, wird dadurch eingeschränkt ⁶⁾. Der ständige allgemeine Vertreter des Verwaltungsleiters ist daher zur Außenvertretung insoweit nicht zuständig. Der Oberbürgermeister (Magistrat) kann jedoch Beamte oder Angestellte zu Vertretern bestellen, nicht aber Mitglieder der Gemeindevertretung oder außenstehende Dritte ⁷⁾.

4. In Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein ⁸⁾ wählt bzw. bestellt die Gemeindevertretung ⁹⁾ die Vertreter,

1) Vgl. zur Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Stimmaufteilung; Surén 205; Kunze-Schmid § 88 Erl. II 5; Sudhoff 108 ff.

2) § 43 II GenG.

3) Vgl. Kunze-Schmid § 88 Erl. II 5; Surén 204 Anm. 10.

4) § 58 I brhVStVerf.

5) § 48 Ziff. 8 brhVStVerf.

6) Surén 205.

7) Surén 205 Anm. 14.

8) § 92 I ndsGemO; § 72 I nwGemO; § 85 I schlhGemO.

9) Auch in SchlH ist die Gemeindevertretung zuständig, vgl. Gönnerwein 501 Anm. 30; s.a. § 27 I schlhGemO.

die zur Stimmabgabe in das oberste Organ eines Unternehmens zu entsenden sind ¹⁾. Durch die entsprechenden Bestimmungen wird die Zuständigkeit der Verwaltungsleitung zur Außenvertretung eingeschränkt ²⁾. Hinsichtlich der Auswahl der Vertreter bestehen keine Beschränkungen, es können Mitglieder der Gemeindevertretung, der Verwaltungsleiter ³⁾ oder Beigeordnete, sonstige Beamte und Angestellte und auch außenstehende Dritte bestellt werden ⁴⁾. Die Anzahl dieser Vertreter richtet sich nach den der Gemeinde zustehenden Stimmrechten ^{5) 6)}.

b) Das Weisungsrecht

Die in das oberste Organ eines wirtschaftlichen Unternehmens entsandten Vertreter sollen in diesem für die Entscheidung in den wichtigsten Angelegenheiten der Gesellschaft zuständigen Organ die Interessen der Gemeinde wahren. Die Gemeinde kann den Vertretern daher bezüglich der Stimmrechtsausübung bestimmte Weisungen erteilen ⁷⁾. Dies ist nach geltendem Gesellschaftsrecht unbedenklich, weil die Weisungen nicht mit

-
- 1) A.A. Galette-Laux § 85 Erl. 1 a: § 85 schlhGemO regelt lediglich die Vertretung der Gemeinde in einem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan eines Unternehmens, nicht aber im obersten Organ; hierfür sei das Organ Verwaltungsleitung zuständig. Dieser Ansicht treten Lauritzen § 85 Erl. 4 und Surén 207 Anm. 23 entgegen, letzterer mit dem Hinweis auf § 85 I 3 schlhGemO. Vgl. auch Kottenberg § 72 Erl. I, der für die entsprechende Regelung des § 72 I nwGemO auch zu dem Ergebnis gelangt, die Zuständigkeit der Verwaltungsleitung sei eingeschränkt.
 - 2) Gönnerwein 502; Surén 204; a.A. wohl Sudhoff 72.
 - 3) Der Verwaltungsleiter kann dabei nicht nach den allgemeinen Bestimmungen vertreten werden, vgl. Surén 204; a.A. Sudhoff 72/73.
 - 4) AB zu § 92 ndsGemO; Lüersen-Neuffer § 92 Erl. 1; Odenbreit-Hensel 427; Kottenberg § 72 Erl. II.
 - 5) Vgl. oben S. 200 f.
 - 6) Zur Rechtsstellung dieser Vertreter vgl. oben S. 200 Anm. 5.
 - 7) Notwendig ist dies nicht; es kann im Einzelfall sogar un- zweckmäßig sein, vgl. Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 4.

etwaigen gesellschaftsrechtlichen Pflichten in Kollision stehen können, es sei denn, es würde ein strafbares Verhalten angeordnet ¹⁾. Soweit es sich bei den Vertretern um Gemeindebedienstete handelt, ergibt sich ihre Bindung an Weisungen schon aus dem Gesichtspunkt der dienstlichen Unterordnung ²⁾. Aber auch für andere Vertreter, also für Mitglieder der Gemeindevertretung und außenstehende Dritte, legen die Gemeindeverfassungen eine Weisungsgebundenheit fest ³⁾. Dabei widerspricht die Bindung der Gemeindevertreter an Weisungen nicht dem Grundsatz des freien Mandats, da sich dieser Grundsatz nur auf ihr Wirken als Mitglieder der Gemeindevertretung, nicht aber auf ihre sonstige Tätigkeit bezieht ⁴⁾. Die Weisungen werden im Zweifel von der Gemeindevertretung erteilt.

III. Die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines wirtschaftlichen Unternehmens

a) Nicht in den eigentlichen Bereich der gemeindlichen Außenvertretung fällt das Handeln derjenigen Personen, die auf Grund eines der Gemeinde eingeräumten Rechts als Mitglieder in den Vorstand, den Aufsichtsrat oder in ein ähnliches Organ eines wirtschaftlichen Unternehmens entsandt worden sind ⁵⁾. Die nach den Bestimmungen der jeweiligen Gemeindeverfassung von der Gemeinde entsandten Mitglieder vertreten hier nämlich

1) Quack: DVBl 1965, 347, 350.

2) Gönnerwein 504; Surén 215; Quack: DVBl 1965, 350.

3) § 88 I bwGemO; § 101 I heGemO; § 92 I ndsGemO; § 72 I nwGemO; § 83 I rhpfSVG; § 86 I saarlKSVG; § 85 I schlhGemO. In Bay setzt Art. 78 II bayGemO ein Weisungsrecht voraus, vgl. Surén 215; Gönnerwein 505 Anm. 49.

4) Gönnerwein 505.

5) Wann einer Gemeinde ein Entsendungsrecht eingeräumt werden kann, beantwortet sich unterschiedlich nach den einschlägigen Gesetzen, vgl. §§ 101, 278 III AktG; §§ 6, 46, 47, 52 GmbHG; § 24 GenG; s.a. Surén 211-214; Blank: StTg 1958, 106 ff.

nicht die Interessen der Gemeinde, sondern sie haben in diesen Organen das Unternehmen zu verwalten und zu beaufsichtigen und in erster Linie (wenn auch als Vertrauensleute der Gemeinde) die Interessen des Unternehmens wahrzunehmen ¹⁾. Bei ihrem Tätigwerden nehmen sie daher nicht Zuständigkeiten der Gemeinde wahr, auch wird ihr Verhalten der Gemeinde nicht zugerechnet. Die Rechtsgrundlage ihres Handelns findet sich also nicht in der Vertretung der Gemeinde nach außen, sondern in dem der Gemeinde eingeräumten besonderen Recht, diese Mitglieder zu bestellen. Soweit demnach nicht ausdrücklich etwas anderes in den Gemeindeverfassungen festgelegt ist, sind die Vorschriften über die Vertretung der Gemeinde nach außen bei der Frage der Entsendung von Mitgliedern in die Verwaltungs- und Aufsichtsorgane unanwendbar ²⁾.

b) Da es sich bei dem Tätigwerden der gemeindlichen Mitglieder der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane nicht um Außenvertretung der Gemeinde handelt, sollen im folgenden die für die Bestimmung der Mitglieder geltenden gemeinderechtlichen Vorschriften nur kurz dargestellt werden.

1. Die Gemeindeverfassungen von Bremerhaven, Hessen, Rheinland-Pfalz und vom Saarland bestimmen, daß der originäre Organwalter des zur allgemeinen Vertretung der Gemeinde nach außen wahrnehmungszuständigen Organs Verwaltungsleitung auch als Mitglied in das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmens entsandt wird ³⁾.

1) Surén 209; Galette-Laux § 85 Erl. 1 a.

2) Gönnewein 502; Surén 209; Kunze-Schmid § 88 Erl. II 8; Galette-Laux § 85 Erl. 1 a.

3) § 58 II brhvStVerf; § 101 heGemO; § 83 II rhpfSVG; § 86 II saarlKSVG; s.a. Muntzke-Schlemp 886; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 83 Erl. 3.

2. In Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein bestellt die Gemeindevertretung die Mitglieder dieser Organe. Dies ist in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein ausdrücklich geregelt ¹⁾. Im übrigen ergibt es sich daraus, daß es sich bei dem Handeln der Mitglieder nicht um Außenvertretung handelt und die Vorschriften über die Vertretung nach außen daher nicht gelten ²⁾.

c) Ist der Gemeinde das Recht eingeräumt, Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs eines wirtschaftlichen Unternehmens zu bestellen, so können bei Beteiligungsgesellschaften und Eigengesellschaften i.w.S. die Vertreter der Gemeinde dadurch in schwere Gewissenskonflikte geraten, daß sich möglicherweise die Interessen der Gesellschaft, die zu wahren die Mitglieder der genannten Organe nach Gesellschaftsrecht verpflichtet sind, nicht mit den besonderen Interessen der Gemeinde decken. Konfliktsituationen können sich insbesondere dadurch entwickeln, daß die Mitglieder zum Teil kraft ausdrücklicher gemeinderechtlicher Vorschriften ³⁾ an Weisungen der Gemeinde gebunden sind ⁴⁾. Die mit diesem Fragenkreis zusammenhängenden Probleme sind Gegenstand einer umfangreichen Literatur, auf die hier aber nicht eingegangen werden soll, da die genannten Probleme nicht in den Bereich der gemeindlichen Außenvertretung fallen.

1) § 72 II nwGemO; § 85 II schlhGemO.

2) Vgl. oben S. 204; s.a. Surén 210 Anm. 35; Gönnerwein 502 Anm. 35; Kunze-Schmid § 88 Erl. II 8; Lüersen-Neuffer § 92 Erl. 1; a.A. für Bay: Masson Art. 78 Erl. 1; Helmreich-Widtmann Art. 78 Erl. 1.

3) § 58 I, II brhVStVerf; § 101 I, II heGemO; § 72 I, II nwGemO; § 83 I, II rhpfSVG; § 86 I, II saarlKSVG; § 85 I, II schlhGemO.

4) Zur Frage, ob diese Vorschriften nicht wegen Widerspruchs zum Bundesrecht ungültig sind, vgl. Wolff: AfK 2, 172/173; Quack: DVBl 1965, 347 ff.

Schlußbetrachtung

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Gemeindeverfassungen unterscheiden bei der Regelung der privatrechtsgeschäftlichen Außenvertretung danach, ob die abzugebende Erklärung zu den allgemeinen Verwaltungsgeschäften, zu den Kassengeschäften, zu den Angelegenheiten der Eigenbetriebe oder in den Bereich der Vertretung der Gemeinde in den obersten Organen wirtschaftlicher Unternehmen gehört.

I. Den wichtigsten Anwendungsfall der privatrechtsgeschäftlichen Außenvertretung stellt die Abgabe allgemeiner, verpflichtender bzw. nicht-verpflichtender Erklärungen dar.

1. Soweit nicht-verpflichtende Erklärungen abzugeben sind, haben sämtliche Gemeindeverfassungen das Organ Verwaltungsleitung mit der Außenvertretungszuständigkeit betraut, in Nordrhein-Westfalen allerdings auf dem Wege über eine gesetzlich fingierte Delegation. Bei monokratischer Verwaltungsleitung nimmt der ursprüngliche Organwalter dieses Organs, der Verwaltungsleiter, diese Zuständigkeit wahr. Ist die Verwaltungsleitung kollegial zusammengesetzt, so vertritt idR der Vorsitzende des Kollegialorgans, der ebenfalls als Verwaltungsleiter bezeichnet wird, die Gemeinde im Namen des Organs nach außen. Walter des Organs Verwaltungsleitung sind aber nicht nur die originären Amtswalter, die unter der Bezeichnung des Organs handelnd auftreten, sondern auch die Ersatzwalter, die die Zuständigkeiten des Organs im Falle der Verhinderung des originären Organwalters oder ersatzweise neben ihm wahrnehmen. So ersetzt der ständige allgemeine Vertreter den Verwaltungsleiter in dessen gesamten Wirkungskreis. Seine Vertretungszuständigkeit ist ebenso umfassend und unbeschränkbar wie die des Verwaltungsleiters. Der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung ist dagegen nur dann zur Wahrnehmung der Vertretungszuständigkeit berufen, wenn- je nach Gemeindeverfassung - der

Verwaltungsleiter und/oder der ständige allgemeine Vertreter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert ist. Demgegenüber beschränkt sich die Vertretungszuständigkeit des ständigen Sondervertreters zwar nicht auf den Verhinderungsfall, wohl aber auf das ihm übertragene Arbeitsgebiet, z.B. auf die Finanz- oder Sozialverwaltung der Gemeinde.

Zuständig zur Abgabe allgemeiner, nicht-verpflichtender Erklärungen ist auch ein Gemeindebediensteter, dem durch innerorganisatorischen Amtsauftrag in bestimmtem Umfange das Recht eingeräumt worden ist, einzelne Vertretungszuständigkeiten des Organs Verwaltungsleitung in dessen Namen auszuüben. Der Amtsauftrag, den idR der Verwaltungsleiter erteilt, verschafft dem im Komplex seiner Organzuständigkeiten unveränderten Organ Verwaltungsleitung einen zusätzlichen Organwalter.

Die Gemeinden können allgemeine, nicht-verpflichtende Erklärungen ferner durch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Personen abgeben lassen. Durch die Bevollmächtigung wird dem Stellvertreter keine organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt, sondern Vertretungsmacht. Er handelt nicht für die Gemeinde, sondern an Stelle der Gemeinde.

2. Auch die Zuständigkeit zur Abgabe allgemeiner Verpflichtungserklärungen obliegt der Verwaltungsleitung. Je nach der Gemeindeverfassung müssen diese Erklärungen entweder von einem Organwalter (Einzelverwaltung) oder von zwei Organwaltern als kollegialischen Gesamtvertretern (Gesamtverwaltung) schriftlich abgegeben und unterzeichnet werden. Neben der Schriftform verlangen die Gemeindeverfassungen zum Teil noch weitere Förmlichkeiten, so die Beidrückung des Dienstsiegels, die Angabe der Amtsbezeichnung der Organwalter, einen das Auftragsverhältnis bzw. das Vertretungsverhältnis des handelnden Organwalters kennzeichnenden Zusatz oder das Erfordernis, daß die Verpflichtungserklärungen im Namen des Magistrats bzw. im Auftrage des Rates abgegeben werden.

Soweit diese Vorschriften anordnen, daß Verpflichtungserklärungen von zwei Organwaltern als kollegialischen Gesamtvertretern abzugeben sind, handelt es sich um öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregelungen, die die gesetzliche Vertretung der Gemeinde nach außen betreffen. Die allgemeine Zuständigkeit des normalerweise zur Wahrnehmung der Außenvertretungszuständigkeit allein berufenen Organwalters wird dadurch eingeschränkt, daß nur zwei Organwalter gemeinschaftlich die Organzuständigkeit wahrnehmen können. Bei dem Erfordernis der Schriftform und den weiteren Förmlichkeiten handelt es sich dagegen um sog. verfassungs- bzw. organisationsrechtliche Verfahrensvorschriften. Auch diese Bestimmungen sind aber Teil des öffentlichen Rechts und bleiben daher von Art. 55 EGBGB unberührt.

Die besonderen Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten sind bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen - mit Ausnahme von Bayern - dann nicht einzuhalten, wenn es sich bei den Verpflichtungserklärungen um Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt. Das sind solche Geschäfte, die sich formal nach den von der Gemeindevertretung festgelegten Grundsätzen und Richtlinien der Verwaltungsführung oder nach sonstigen bestehenden Verwaltungsregeln innerhalb des von diesen gelassenen Beurteilungs- und Ermessensspielraums erledigen lassen, und die weder aufgrund ihrer sachlichen (= finanziellen, kommunalpolitischen, wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen) Bedeutung noch sonst für die Gemeinde Auswirkungen haben, die neue grundsätzliche Festlegungen der Verwaltungsziele erforderlich machen.

Auch der rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte kann Verpflichtungserklärungen ohne Beachtung der besonderen Zuständigkeitsregeln und Förmlichkeiten abgeben, wenn seine Vollmachtserklärung diesen Vorschriften entspricht.

3. Abweichende Vorschriften sehen die Gemeindeverfassungen vor, wenn allgemeine Erklärungen in den Fällen der Ersatzvornahme oder durch einen Staatsbeauftragten abgegeben werden. Ist bei der Ersatzvornahme die Durchführung einer angeordneten Maßnahme mit einem Akt der Außenvertretung verbunden, so handelt die Aufsichtsbehörde dabei als Staatsorgan kraft eigener gesetzlicher Zuständigkeit, ohne Organ der Gemeinde zu werden, an Stelle der Gemeinde mit unmittelbarer Wirkung für und gegen sie. Der Staatsbeauftragte, der im Rahmen seines Auftrages die Gemeinde nach außen zu vertreten hat, erlangt durch die Aufsichtsverfügung über seine Bestellung und den ihm von der Aufsichtsbehörde kraft ihrer eigenen gesetzlichen Zuständigkeit erteilten Auftrag die Stellung eines außerordentlichen Organwalters des Organs Verwaltungsleitung, dessen Verwaltung er vorübergehend und kommissarisch übernimmt.

II. Besondere Bestimmungen enthalten die Gemeindeverfassungen für die Außenvertretung der Gemeinde in den Angelegenheiten ihrer Kassen. Danach sind die Kassengeschäfte von einem Kassenverwalter zu führen, der auch für die Abgabe von privatrechtsgeschäftlichen Erklärungen des eigentlichen Kassenverkehrs allein, ausschließlich und uneinschränkbar zuständig ist. Der Kassenverwalter ist verfassungsrechtliches Gemeindeorgan. Mit dieser verfassungsrechtlichen Stellung des Kassenverwalters stehen die meisten der in den Ländern geltenden Kassen- und Rechnungsverordnungen nicht in Einklang, da sie idR davon ausgehen, daß der Kassenverwalter lediglich Ersatzwalter bzw. zusätzlicher Organwalter des Organs Verwaltungsleitung ist.

III. Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte der Gemeinden werden auch im Bereiche ihrer Eigenbetriebe notwendig. Bei der Abgabe der entsprechenden Erklärungen handeln die vertretungsberechtigten Personen nicht für die Eigenbetriebe, da diese als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können, sondern für die Gemeinden, von denen sich die Eigenbetriebe im Außenverhältnis nicht unterscheiden. Man kann daher auch nicht von einer

Außenvertretung der Eigenbetriebe, sondern lediglich von Außenvertretung der Gemeinden in Angelegenheiten ihrer Eigenbetriebe sprechen.

Als nicht-rechtsfähige Anstalten sind die Eigenbetriebe Funktionseinheiten der gemeindlichen Gesamtorganisation. Für die Außenvertretung der Gemeinden in Eigenbetriebsangelegenheiten gelten somit, soweit das Eigenbetriebsrecht nicht Sonderregelungen getroffen hat, grundsätzlich die Vorschriften der Gemeindeverfassungen über die Vertretung nach außen, d.h. die Verwaltungsleitung ist auch insoweit zuständig. Diese grundsätzliche Zuständigkeit der Verwaltungsleitung wird jedoch durch Sonderregelungen der Eigenbetriebsverordnungen bzw. Gemeindeverfassungen selbst eingeschränkt. Die meisten dieser Sondervorschriften übertragen der Werkleitung, die kollegial oder monokratisch organisiert sein kann, in bestimmten Angelegenheiten der Eigenbetriebe die Vertretung der Gemeinde nach außen und schalten so die Vertretungszuständigkeiten der Verwaltungsleitung aus.

Die Werkleitung ist in gewisser Weise als eigenständiges Subjekt von Zuständigkeiten der Gemeinde in Angelegenheiten der nicht-rechtsfähigen Anstalt "Eigenbetrieb" ausgestaltet und als Quasiorgan des Eigenbetriebs Unterorgan der Gemeinde und, da sie mit Außenvertretungszuständigkeiten zu konkreten Rechtshandlungen ausgestattet ist, auch Behörde.

Der Umfang der Außenvertretungszuständigkeit der Werkleitung zur Abgabe nicht-verpflichtender Erklärungen entspricht idR den Zuständigkeiten, die ihr bei der Verwaltung und Leitung der Eigenbetriebe zustehen, d.h. die Werkleitung vertritt die Gemeinde in den Eigenbetriebsangelegenheiten, die auch ihrer Entscheidung unterliegen. Im einzelnen weicht das geltende Eigenbetriebsrecht der Länder jedoch sehr stark voneinander ab.

Hinsichtlich der Abgabe von Verpflichtungserklärungen in Eigenbetriebsangelegenheiten bleibt es - mit Ausnahme von Baden-Württemberg und mit Besonderheiten in Nordrhein-Westfalen - bei der Außenvertretungszuständigkeit der Verwaltungsleitung. Verpflichtungserklärungen der laufenden Betriebsführung werden jedoch von der Werkleitung abgegeben.

IV. Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte der Gemeinden im Bereiche ihrer wirtschaftlichen Betätigung liegen vor, wenn die Gemeinden durch bestimmte Personen in der Hauptversammlung, Gesellschafterversammlung oder General- bzw. Vertreterversammlung eines Unternehmens ihr Stimmrecht ausüben lassen. Wer zur Vertretung der Gemeinden in den genannten obersten Organen wirtschaftlicher Unternehmen berechtigt ist, haben die Gemeindeverfassungen unterschiedlich geregelt. Zum Teil bleibt es bei der allgemeinen Außenvertretungszuständigkeit der Verwaltungsleitung, so daß in erster Linie der Verwaltungsleiter und die Ersatzwalter zur Stimmabgabe berechtigt sind. Nach einigen dieser Gemeindeverfassungen kann die Gemeindevertretung jedoch weitere besondere Vertreter bestellen und sie neben den Organwaltern des Organs Verwaltungsleitung in die obersten Organe der Unternehmen entsenden. Die übrigen Gemeindeverfassungen haben die Zuständigkeit der Verwaltungsleitung zur Außenvertretung insoweit eingeschränkt. Die Vertreter, die das Stimmrecht der Gemeinde in den genannten Organen ausüben, werden ausschließlich von der Gemeindevertretung gewählt.

L e b e n s l a u f

Am 6. Juni 1939 wurde ich als Sohn des Abteilungsleiters Paul Hummelbeck und seiner Ehefrau Else, geb. Schwartz, in Dortmund geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach vier Volksschuljahren besuchte ich den mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Humboldt-Gymnasiums in Dortmund, an dem ich am 7. März 1960 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1960 schrieb ich mich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster ein. Zwei Semester studierte ich dort Mathematik und Physik. Zu Beginn des Sommersemesters 1961 wechselte ich das Studienfach und die Universität. An der Ludwig-Maximilian-Universität in München begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Nach vier Semestern kehrte ich zu Beginn des Sommersemesters 1963 an die Universität in Münster zurück, wo ich weitere vier Semester Rechtswissenschaften studierte.

Am 7. August 1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste Juristische Staatsprüfung.

Seit dem 2. November 1966 bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen tätig.

